

LAUDO ARBITRAL

Dictado en un caso del TLCAN conforme a las
Reglas de Arbitraje de la CNUDMI
entre:

International Thunderbird Gaming Corporation

Demandante

y

los Estados Unidos Mexicanos

Demandado

Ante el tribunal arbitral constituido conforme de las disposiciones del
Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte,
e integrado por las siguientes personas:

Lic. Agustín Portal Ariosa

Profesor Thomas W. Wälde

Profesor Dr. Albert Jan van den Berg (Presidente)

Washington, D.C., 26 de enero de 2006

ÍNDICE

I.	LAS PARTES	3
II.	HISTORIA PROCESAL	4
III.	RESUMEN DE LOS HECHOS	10
IV.	CUESTIONES SOBRE LAS QUE DEBE PRONUNCIARSE EL TRIBUNAL ARBITRAL	22
V.	ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES SOBRE LAS QUE DEBE PRONUNCIARSE EL TRIBUNAL	31
	A. <u>Generalidades</u>	32
	B. <u>Competencia y/o admisibilidad</u>	35
	C. <u>Fondo del asunto: Generalidades</u>	44
	D. <u>Fondo del asunto: Artículos 1102, 1105 y 1110 del TLCAN</u>	60
	E. <u>Fondo del asunto: Daños y perjuicios</u>	73
VI.	COSTAS.....	74
VII.	DECISIONES ARBITRALES.....	79

I. LAS PARTES

1. Demandante:

INTERNATIONAL THUNDERBIRD GAMING CORPORATION
Thunderbird Greeley Inc.
11545 West Bernardo Court Suite 307
San Diego, CA 92127
Estados Unidos de América

en lo sucesivo “Thunderbird” o la “Demandante.”

2. Thunderbird es una sociedad anónima pública canadiense, cuyas principales oficinas se encuentran en San Diego, California, Estados Unidos.

3. Representan a Thunderbird en el presente procedimiento su abogado debidamente autorizado James D. Crosby, de California, Estados Unidos, y el Profesor Todd Weiler, de Ontario, Canadá.

4. Demandado:

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
Dirección General de Consultoría Jurídica de Negociaciones
Secretaría de Economía
México, D.F., México

en lo sucesivo: “México” o el “Demandado.”

5. Representa al gobierno de México en el presente procedimiento el Sr. Hugo Perezcano Díaz, *Director General de Consultoría Jurídica de Negociaciones, Secretaría de Economía.*

II. HISTORIA PROCESAL

6. El 21 de marzo de 2002, Thunderbird presentó un “Aviso de Intención de Someter una Reclamación a Arbitraje en los términos de la Sección B del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, en la que sostiene que México incumplió sus obligaciones bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”), más específicamente las previstas en los Artículos 1102 (Trato Nacional), 1103 (Trato de Nación Más Favorecida), 1105 (Nivel Mínimo de Trato) y 1110 (Expropiación e Indemnización) de ese tratado.
7. El 1 de agosto de 2002, Thunderbird presentó una Notificación de Arbitraje y Escrito de Demanda contra México (que México recibió el 22 de agosto de 2002) conforme a lo previsto en el Capítulo XI del TLCAN y a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (“la Notificación de Arbitraje”).
8. En el párrafo 34 de la Notificación de Arbitraje, Thunderbird solicitó la reparación de: “i. Daños y perjuicios por un monto no inferior a US\$100.000.000; ii. Costos vinculados con el presente procedimiento, incluidos todos los honorarios profesionales y gastos; iii. Intereses anteriores y posteriores al laudo, a una tasa que fijará el Tribunal; iv. Consecuencias fiscales del laudo, para mantener su integridad; v. Aquellas otras reparaciones adicionales que solicite el abogado patrono y que este Tribunal estime como procedentes.
9. Por carta fechada el 4 de septiembre de 2002, México opuso objeciones referentes al idioma del procedimiento y sostuvo que el Aviso de Intención no cumplía cabalmente los requisitos del TLCAN. Posteriormente, las Partes intercambiaron correspondencia con respecto a las objeciones de México.
10. El 14 de marzo de 2003 se constituyó el Tribunal Arbitral, que quedó formado por el profesor Dr. Albert Jan van den Berg (designado presidente del Tribunal por el Secretario General del CIADI), de nacionalidad holandesa, quien reside en Tervuren, Bélgica; el profesor Thomas W. Wälde (designado por Thunderbird),

de nacionalidad alemana, quien reside en Dundee, Escocia, Reino Unido, y el Sr. Agustín Portal Ariosa (designado por México), de nacionalidad mexicana, quien reside en México D.F., México. Se designó secretario del Tribunal al Sr. Gonzalo Flores, del CIADI.

11. Con el acuerdo de las Partes, la primera sesión del Tribunal se celebró en Washington, D.C. el 29 de abril de 2003. En la misma, tras haber escuchado los argumentos de las Partes, el Tribunal informó a éstas que el arbitraje se realizaría en idioma inglés y en idioma español; que el lugar del arbitraje, en la acepción jurídica del término, sería Washington, D.C., y que se invitaba a México a hacer saber a Thunderbird y al Tribunal si oponía excepciones de incompetencia y/o admisibilidad (“la Cuestión Preliminar”), tras lo cual el Tribunal se pronunciaría sobre el asunto de la bifurcación del procedimiento en relación con la Cuestión Preliminar. Se acordó asimismo que la Secretaría del CIADI prestara servicios administrativos en relación con el procedimiento arbitral, similares a los que se dispensan en los arbitrajes realizados en el marco de las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI.
12. El 27 de junio de 2003, el Tribunal dictó (con el consenso de las Partes) la Orden No. 1, en virtud de la cual se inició la secuencia del procedimiento y se resolvieron determinadas cuestiones procesales.
13. El 29 de mayo de 2003, Thunderbird presentó una Solicitud de Presentación de Documentos, a la que México opuso objeciones el 27 de junio de 2003. Conforme a la Orden No. 2, fechada el 31 de julio de 2003, el Tribunal se pronunció sobre la Solicitud de Presentación de Documentos y ofreció a Thunderbird la posibilidad de presentar oportunamente una nueva solicitud compatible con la Orden No. 2.
14. El 27 de junio de 2003, Thunderbird presentó una Petición de Medidas Provisionales conforme al Artículo 1134 del TLCAN. El 17 de julio de 2003, México formuló observaciones a esa Petición. El 15 de agosto de 2003 el Tribunal y las Partes sostuvieron una conferencia telefónica para analizar la

Petición. En el curso de esa conferencia se acordaron ciertos aspectos prácticos relativos a la Petición, y en especial se acordó que las Partes realizaran una visita conjunta a los sitios, la cual tuvo lugar entre el 5 y el 7 de noviembre de 2003. En consecuencia, por carta del 26 de noviembre de 2003 el Tribunal informó a las Partes que consideraba innecesario pronunciarse sobre la petición de Thunderbird.

15. El 15 de agosto de 2003, Thunderbird presentó una Demanda Pormenorizada.
16. El 27 de agosto de 2003, Thunderbird presentó una Solicitud Complementaria de Presentación de Documentos, conforme a la Orden No. 2; el 15 de octubre de 2003 México respondió formulando observaciones. Por carta del 26 de noviembre de 2003, el Tribunal informó a las Partes que dada la falta de reacción por parte de Thunderbird, cabía inferir que no era necesario que el Tribunal adoptara ninguna otra medida.
17. El 29 de agosto de 2003, México presentó una Solicitud Complementaria de Presentación de Documentos, a la que respondió Thunderbird el 22 de septiembre de 2003. Las Partes intercambiaron más correspondencia con posterioridad. El 11 de diciembre de 2003, el Tribunal se pronunció sobre dicha Solicitud Complementaria de México (*véase* la Orden No. 3).
18. El 18 de diciembre de 2003, México presentó un Escrito de Contestación, en que opuso Excepciones de Incompetencia y Admisibilidad.
19. El 22 de diciembre de 2003 Thunderbird presentó un Escrito respecto a la Bifurcación del Procedimiento.
20. En los términos de la Orden No. 4, fechada el 24 de diciembre de 2003, el Tribunal resolvió que la Cuestión Preliminar se uniera al estudio del fondo del asunto, e invitó a las Partes a referirse a la Cuestión Preliminar en sus escritos venideros.

21. El 9 de febrero de 2004, Thunderbird presentó un Escrito de Réplica.
22. El 24 de febrero de 2004, México presentó una nueva Solicitud de Presentación de Documentos, a la que Thunderbird opuso objeciones el 3 de marzo de 2004. El Tribunal resolvió la solicitud de México a través de la Orden No. 5, fechada el 12 de marzo de 2004.
23. El 7 de abril de 2004, México presentó su Escrito de Dúplica.
24. El 9 de abril de 2004, Thunderbird presentó una Solicitud de Exclusión de Autos de la Declaración Testimonial del Profesor Nelson Rose (presentada por México); México opuso objeciones a esa Solicitud el 14 de abril de 2004. La Solicitud de Thunderbird fue rechazada en virtud de la Orden No. 6, fechada el 19 de abril de 2004.
25. El 20 de abril de 2004, las Partes y el Presidente del Tribunal sostuvieron una conferencia telefónica previa a la audiencia, para analizar cuestiones procesales referentes a la Audiencia; de los temas tratados se dejó constancia en la Orden No. 7, fechada el 22 de abril de 2004 (ulteriormente complementada por la Orden No. 8, fechada el 25 de junio de 2004).
26. Entre el 26 y el 29 de abril de 2004 tuvo lugar en las oficinas del CIADI, en Washington, D.C., una audiencia para escuchar argumentos orales y recibir declaraciones testimoniales (“la Audiencia”). Comparecieron por Thunderbird el Sr. James D. Crosby, el profesor Todd Weiler y el Sr. Carlos Gómez, y por México el Sr. Hugo Perezcano Díaz, la Sra. Alejandra Treviño y el Sr. Luis Marín, de la Secretaría de Economía; el Sr. Stephan E. Becker, el Sr. Sanjay Mullik, la Sra. Suzanne Wilkinson y la Sra. Zuraya Tapia Alfaro, de Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP, y los Sres. Christopher J. Thomas y J. Cameron Mowatt, de Thomas & Partners.
27. En la Audiencia se escucharon declaraciones testimoniales de los Sres. Jorge Montaña, Albert Atallah, Jack Mitchell, Peter Watson, Kevin McDonald, Luis

Ruiz de Velasco, Steven M. Rittvo y Carlos Gómez, presentados por Thunderbird, y del profesor I. Nelson Rose y los Sres. Alberto Alcántara Martínez y Luis Martínez, presentados por México.

28. En la Audiencia a los gobiernos de Canadá y de los Estados Unidos de América estuvieron representados por el Sr. Roland Legault y el Sr. Mark S. McNeill, respectivamente.
29. Durante la Audiencia, el Tribunal hizo circular una lista provisional de cuestiones sobre la que debe pronunciarse el Tribunal, que luego fue revisada a la luz de los comentarios formulados al respecto por las Partes. Éstas se refirieron a dicha lista en sus Memoriales Posteriores a la Audiencia.
30. El 28 de abril de 2004, las Partes presentaron una reseña de *Dramatis Personae*.
31. El 21 de mayo de 2004, los gobiernos de los Estados Unidos de América y de Canadá presentaron sendos escritos conforme a lo previsto en el Artículo 1128 del TLCAN.
32. El 2 de agosto de 2004, las Partes presentaron sus Escritos Posteriores a la Audiencia.
33. El 3 de agosto de 2004, las Partes presentaron una relación cronológica de hechos, preparada conjuntamente.
34. Por carta del 3 de agosto de 2004, Thunderbird solicitó al Tribunal que considerara y admitiera nuevas pruebas referentes a una denuncia presentada el 30 de noviembre de 2001 ante el Órgano Interno de Control de la Secretaría de Gobernación de México, y la respuesta de este último, de fecha 20 de julio de 2004. Por carta del 6 de agosto de 2004, México opuso objeciones a la solicitud de Thunderbird. Por carta del 10 de agosto de 2004, Thunderbird solicitó al Tribunal que considerara y admitiera nuevas pruebas referentes al Centro de Entretenimiento Bella Vista, establecido en Monterrey, y a los establecimientos

Reflejos, establecidos en Río Bravo y Reynosa. Por carta del 13 de agosto de 2004, en seguimiento de su carta del 3 de agosto de 2004, Thunderbird solicitó al Tribunal que admitiera como prueba una copia del expediente del Órgano Interno de Control referente a la reclamación. Por carta del 17 de agosto de 2004, México opuso objeciones a las solicitudes formuladas por Thunderbird en sus cartas de 3, 10 y 13 de agosto de 2004.

35. México presentó una liquidación de costos el 12 de agosto de 2004. Thunderbird hizo lo propio el 26 de agosto de 2004.
36. Conforme a la Orden No. 9, fechada el 13 de septiembre de 2004, se ordenó la inclusión al expediente de las pruebas presentadas por Thunderbird con sus cartas de 3, 10 y 13 de agosto de 2004, sin perjuicio de la pertinencia, importancia y del peso de esas pruebas.
37. El 22 de octubre de 2004, México presentó observaciones adicionales referentes a las nuevas pruebas presentadas por Thunderbird. El 5 de noviembre de 2004, Thunderbird presentó observaciones como réplica.
38. El 19 de noviembre de 2004, México presentó una “Dúplica al escrito de réplica de la Demandante”. El 22 de noviembre de 2004, Thunderbird presentó una Solicitud de Exclusión de Autos del escrito de México, que fue rechazada mediante la Orden No. 10, fechada el 30 de noviembre de 2004, y se concedió a Thunderbird la posibilidad de presentar una respuesta a la Dúplica, la que Thunderbird presentó el 8 de diciembre de 2004.
39. El Tribunal deliberó en diversas ocasiones antes de emitir el Laudo.
40. En el presente Laudo, el Tribunal citará los documentos en los términos siguientes:

- Por “Aviso de Intención” se entiende el aviso de intención de someter una reclamación a arbitraje presentada por Thunderbird, del 21 de marzo de 2002.
- Por “Notificación de Arbitraje” se entiende la notificación de arbitraje y escrito de demanda de Thunderbird, del 1 de agosto de 2002.
- Por “EdDP” se entiende el escrito de demanda pormenorizado de Thunderbird, del 15 de agosto de 2003.
- Por “EdC” se entiende el escrito de contestación de México, del 18 de diciembre de 2003;
- Por “EdR” se entiende el escrito de réplica de Thunderbird, del 9 de febrero de 2004.
- Por “EdD” se entiende el escrito de dúplica de México, del 7 de abril de 2004.
- Por “Tr.” se entiende la transcripción de la Audiencia de los días 26 a 29 de abril de 2004.
- Por “C-EPA” y “R-EPA” se entiende los escritos posteriores a la Audiencia presentados por Thunderbird y México, respectivamente, el 2 de agosto de 2004.

III. RESUMEN DE LOS HECHOS

41. Thunderbird desarrolla el negocio de operación de centros de juegos de apuestas.
42. Según Thunderbird, en el período comprendido entre fines de 1999 y principios de 2000, el Sr. Jack Mitchell, presidente y principal funcionario de Thunderbird,

con la asistencia del Sr. Peter Watson, abogado estadounidense, comenzó a estudiar la posibilidad de explotar “máquinas de destreza” en México. Se realizaron reuniones con los Sres. Doug Oien e Ivy Ong (de A-1 Financial Ltd), ambos involucrados en actividades referentes a juegos, y los Sres. Julio Aspe y Oscar Arroyo, dos abogados mexicanos quienes decían haber patrocinado a una persona de nacionalidad mexicana, el Sr. José Guardia, en relación con las operaciones de juegos que éste realizaba en México.

43. Según Thunderbird, en el período comprendido entre abril y junio de 2000, el Sr. Luis Ruiz de Velasco, de Baker & McKenzie, abogado mexicano de Thunderbird, se reunió con los Sres. Aspe y Arroyo para analizar los procedimientos utilizados por el Sr. Guardia para defender sus operaciones de juegos frente a medidas adoptadas por el gobierno mexicano, por ejemplo promover la suspensión de actos mediante juicios de amparo, pero llegó a la conclusión de que esos procedimientos no brindarían a Thunderbird la certidumbre necesaria para llevar a cabo las operaciones que se proponía realizar en México.
44. El 5 de abril de 2000, los Sres. Juan José Menéndez Tlacatelpa y Alejandro Rodríguez Velázquez constituyeron Entertainments de México S.A. de C.V. (“EDM”).
45. El 1 de mayo de 2000, EDM celebró un contrato de arrendamiento sobre un local en Matamoros (contrato que el 20 de julio de 2000 fue corregido y prorrogado por cinco años).
46. El 26 de mayo de 2000, Thunderbird y los Sres. Oien y Ong celebraron una “carta de intención” referente a la operación de centros de juego en México.
47. El 22 de junio de 2000, Juegos de México Inc. (“JDMI”) y A-1 Financial Ltd. celebraron mutuamente un “Convenio de Reparto de Ingresos y Consultoría” referente a la operación de centros de juego en México.

48. En julio de 2000, según Thunderbird, tras contactos entre los Sres. Aspe y Arroyo y el gobierno mexicano, Thunderbird decidió solicitar una opinión oficial respecto a la legalidad de las operaciones de juegos que se proponía realizar y en caso de que la respuesta gubernamental fuese favorable, Thunderbird abriría y comenzaría a explotar en México sus establecimientos de “máquinas de destreza”.
49. El 31 de julio de 2000, EDM importó 50 máquinas de videojuegos marca Bestco modelo MTL19U-8L.
50. El 3 de agosto de 2000, EDM presentó al Director General de Gobierno de la Secretaría de Gobernación (“SEGOB”) una solicitud escrita referente a las operaciones de juegos que se proponía realizar en México (“la Solicitud”). El texto completo de la Solicitud establece lo siguiente (se agregaron los números que figuran entre corchetes):

JUAN JOSÉ MENÉNDEZ TLACATELPA, representante legal de ENTERTAINMENS DE MÉXICO, S.A. DE C.V., personalidad que acredito en términos de la copia certificada del instrumento notarial que adjunto a la presente, señalando como domicilio convencional para oír y recibir todo tipo de notificaciones y documentos el ubicado en Plaza Inverlat piso 12, Blvd. M. Ávila Camacho no. 1, C.P. 11009, en México Distrito Federal, autorizando para tales efectos al señor Licenciado Luis Ruiz de Velasco y P. con el debido respeto comparezco y expongo:

Que por medio del presente escrito vengo a solicitar que esa H. Dirección General emita su opinión respecto a la actividad que realiza mi mandante consistente en la explotación comercial de máquinas de video para juegos de habilidad y destreza, conforme a lo siguiente:

1. - Entertainmens de México, S.A. de C.V. es una persona moral constituida de conformidad a las leyes de la República Mexicana, mediante escritura pública 38.765, de fecha cinco de abril del año dos mil, otorgada ante la fe del Notario Público

número 53 del Distrito Federal, Licenciado Rodrigo Orozco Pérez, como se acredita con el testimonio notarial que se acompaña, y que está inscrita en el Registro Federal de Contribuyentes bajo la clave EME-000405 -LQ7.

2. – Mi representada estableció en Av. de las Rosas núm. 70 “A”, Colonia Jardín, en Matamoros, Tamps.; el negocio con el nombre comercial de “La Mina de Oro”, relativo a máquinas de video para juegos de habilidad y destreza, contando con todos los requisitos municipales para ello.

3. - Las máquinas de video para juegos de habilidad y destreza que explota comercialmente mi mandante, son aparatos de recreación cuya finalidad es la diversión y entretenimiento de las personas que tienen acceso a ellas. En esos video juegos no interviene ni el azar ni la apuesta, sino la destreza y habilidad del operador quien tiene que buscar alinear diversos símbolos en la pantalla del juego a través de tocar la misma u oprimir botones con objeto de detener el símbolo deseado respecto de los distintos de ellos que giran de manera secuencial en cada una de las líneas o cuadrantes del video juego. Todo ello a fin de que el operador consiga ordenar signos en una combinación óptima y que le otorgue un ticket con puntos canjeables por bienes o servicios, como diversas que ya operan en distintos puntos del país.

4.- Las máquinas de video para juegos de habilidad y destreza que operamos actualmente en el local mencionado en este escrito son marcas Bestco, modelo MTL19U-8L y S.C.I., modelo 17”UR; pero es intención de mi mandante colocar alrededor de 2,000 (dos mil) máquinas más en algunos otros locales de la República con idéntico funcionamiento y naturaleza de la mecánica descrita en el punto inmediato anterior.

[5] Es por todo lo anterior que acudo a esa H. Dirección General con el fin de consultar su opinión respecto a la actividad comercial que realizamos y que aquí ha quedado detallada, esto es, para que emitan su criterio sobre las máquinas de video para juegos de habilidad y destreza a que nos referimos con objeto de determinar si son juegos regulados por la Ley Federal de Juegos y Sorteos.

[6] Solicitamos la opinión de esa H. Dirección a fin de que mi mandante cuente con la certeza de la legalidad de la explotación comercial de las máquinas de video para juegos de habilidad y destreza, ello en virtud de que a raíz de un análisis de la naturaleza de nuestras máquinas y las disposiciones legales, hemos concluido que no están dentro del ámbito de aplicación de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, y por ende no se encuentran bajo la regulación de la Secretaría de Gobernación o de alguna otra autoridad federal, puesto que la actividad que se explota no encuadra dentro de las facultades previstas por el artículo 73 de la Constitución General de la República en su fracción X, la cual señala claramente que el Congreso de la Unión tiene facultad exclusiva para legislar en toda la República sobre juegos con apuestas y sorteos, quedando la reglamentación de dichas actividades bajo el Ejecutivo Federal; pero, en cuanto a las diversiones donde media la destreza y habilidad es lógico que éstas no quedan bajo la hegemonía federal puesto que en la Constitución General de la República no se señala que el Congreso de la Unión pueda legislar de forma exclusiva en tal materia. Consecuentemente, la facultad para regular este tipo de diversiones no se otorgó exclusivamente a la Federación, por lo que queda excluida del ámbito de la Ley Federal de Juegos y Sorteos.

[7] La naturaleza de las máquinas de video para juegos de habilidad y destreza no es de juegos de azar, ni de juegos con apuestas ni de sorteos, ya que en la operación de las mismas la persona que decide entretenerse y jugar con nuestras máquinas asume respecto de ellas una posición activa donde interviene su inteligencia, su voluntad, su experiencia y su capacidad de responder óptimamente a determinados estímulos con objeto de encontrar una combinación, efecto o proeza sobre la máquina, lo cual únicamente es posible a través de la habilidad, experiencia y control que se ejerza sobre ella, todo esto con el fin de entretenimiento y diversión, pudiendo conseguir determinados puntos canjeables por un premio como recompensa a la destreza lograda y de ninguna manera del azar.

[8] De tal manera, quede claro que es la destreza y habilidad de la persona la que produce el efecto sobre la máquina de video juego y no el azar, el acaso, la fortuna o la apuesta, puesto que lo

que cuenta para lograr un resultado es la destreza o habilidad de los jugadores; cosa diferente a lo que acontece en los juegos con apuesta en donde existe un pacto o convenio previo entre la empresa y el usuario por el cual se acuerda la entrega de una cantidad de dinero o de otra cosa, dependiendo ello de la realización de un evento fortuito, imprevisto, o no sujeto a la voluntad o control del usuario.

[9] Por lo anteriormente expuesto concluimos que nuestra operación no encuadra dentro de los juegos prohibidos por la Ley Federal de Juegos y Sorteos, por desprenderse que en el funcionamiento de nuestras máquinas de video juegos no se involucran los conceptos de azar o apuestas, debiendo estimarse que estos video juegos son simples diversiones en las cuales los usuarios pueden obtener premios en razón de su habilidad o destreza; solicitando atentamente a esa H. Dirección General, emita su opinión al respecto.

51. El 4 de agosto de 2000, EDM compró 30 máquinas de videojuegos para juegos de habilidad y destreza marca SCI modelo 17” UR, que se importaron el 14 de agosto de 2000.
52. Entre el 10 y 11 de agosto de 2000, JDAMI adquirió todas las acciones de EDM de los Sres. Tlacatelpa y Velásquez. El Sr. Mitchell fue designado presidente del consejo de EDM.
53. El 10 de agosto de 2000, EDM presentó un aviso de apertura, en el que hizo del conocimiento de las autoridades locales las operaciones que se proponía realizar en su establecimiento de Matamoros, llamado “La Mina de Oro”.
54. Según el borrador de una carta fechada el 10 de agosto de 2000, el Sr. Watson confirmó a los Sres. Aspe y Arroyo el pago de una “cuota de éxito” de US\$300,000 contra la entrega de una carta de SEGOB “que establezca que conforme a la legislación aplicable en México, no existe oposición o limitación para operar nuestro negocio de máquinas de habilidad en la República Mexicana”. Thunderbird confirmó el pago de US\$300.000 mediante una carta firmada, de fecha 15 de agosto de 2000, dirigida a los Sres. Aspe y Arroyo.

55. Mediante comunicación del 15 de agosto de 2000, SEGOB respondió oficialmente a la Solicitud de Thunderbird (“el Oficio”). Suscribió el Oficio el Sr. Rafael de Antuñano Sandoval, Director de Juegos y Sorteos, en nombre y representación del Sr. Sergio Orozco Aceves, Director General de Gobierno de SEGOB, con copia a este último y al Sr. Roberto Pedro Martínez Ortiz, Director General de Asuntos Jurídicos de SEGOB. El texto completo del Oficio establece lo siguiente (se agregan los números que figuran entre corchetes):

[1] Me refiero a su atento escrito de fecha 3 de agosto del año en curso recibido el día 08 de los corrientes en la oficialía de partes de la Dirección de Juegos y Sorteos. Dependiente de esta Dirección General a mi cargo, ocurso por medio del cual solicita que esta autoridad administrativa emita su criterio respecto de la explotación que su representada realiza de máquinas que operan bajo el concepto de habilidad y destreza de los usuarios y no con base en los elementos del azar y la apuesta. Sobre el particular resulta oportuno hacer las precisiones siguientes

[2] Como es de su apreciable conocimiento en el cuerpo normativo de la Ley Federal de Juegos y Sorteos se establecen con puntualidad diversas disposiciones que con todo rigor prohíben en todo el territorio nacional los juegos con azar y los juegos con apuestas. Así lo determina el artículo 1º. de la citada Ley al concluir que: “1.- Quedan prohibidos en todo el territorio nacional, en términos de esta ley, los juegos de azar y los juegos con apuestas”:

[3] Asimismo el artículo 3º. de la ley de la materia afirma: “Corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Gobernación, la reglamentación, autorización, control y vigilancia de los juegos cuando en ellos medien apuestas de cualquier clase, así como los sorteos, con excepción del de la Lotería Nacional, que se regirá por su propia ley.

[4] En el mismo tenor el artículo 4º de la propia ley es contundente al prevenir. “No podrá establecerse ni funcionar ninguna casa, o lugar abierto o cerrado, en que se practiquen juegos con apuestas o sorteos, de ninguna clase, sin permiso de

la Secretaría de Gobernación. Esta fijará en cada caso los requisitos y condiciones que deberán cumplirse.

[5] Según se desprende de lo antes transcrito, las prohibiciones expresas enunciadas en la ley Federal de Juegos y Sorteos son disposiciones normativas vigentes que prohíben determinadamente, en todo el territorio nacional, los juegos con azar y los juegos con apuestas: no obstante lo expuesto, según se desprende de lo expresado por usted en su escrito de mérito las máquinas con que opera su representada son aparatos de video juego para recreación cuya finalidad es la diversión y el entretenimiento de las personas que tienen acceso a ellas, con la posibilidad de obtener un premio, en donde no interviene ni el azar ni las apuestas sino la destreza y habilidad del operador.

[6] En este orden de ideas es importante aclarar que si las máquinas que explota comercialmente su representada operan en forma y términos expresados por usted, esta autoridad administrativa no tiene competencia para su provisión, en la inteligencia que de tratarse de máquinas de las conocidas como “tragamonedas”, “tragafichas” o “slot machines”, en donde el factor preponderante de operación es el azar y la apuesta y no la habilidad y destreza como usted asegura, podría incurrir en alguna de las hipótesis normativas que establece la Ley Federal de la materia con las consecuencias jurídicas que de ello pudieran derivar, en términos de lo dispuesto por el artículo 8° de la ley en cita.

[7] En Mérito de lo antes expuesto y con fundamento en lo previsto por los artículos 27 fracción XXI de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal: 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 7°, 8° y demás relativos y aplicables de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, así como 8° y 14 fracción XVII Reglamento Interno de la Secretaría de Gobernación, esta Dirección General de Gobierno, de conformidad con las atribuciones previamente conferidas para tal efecto, le previene para que en las máquinas que opere no intervengan los ingredientes del azar y la apuesta: prevención que queda si efecto si se tratase de máquinas de video juego que operen bajo el concepto de habilidad y destreza.

[8] No omito manifestarle que aún en el supuesto de que su representada opere máquinas bajo el concepto de la habilidad y la destreza de los participantes, será necesario que cumpla en sus términos con los requisitos administrativos que al efecto establezcan las leyes y reglamentos de los estados y/o municipios correspondientes.

56. El 16 de agosto de 2000, Thunderbird Greely, Inc. transfirió US\$300,000 a “Consultoría Internacional Casa de Cambio, S.A. de C.V.”, una casa de cambio mexicana para que los acreditara a Rafael Ramos Velasco.
57. El 17 de agosto de 2000, Thunderbird anunció que había celebrado un convenio con JDMI para operar un negocio de “máquinas de destreza” de juegos y videos en Matamoros.
58. Según Thunderbird, el 18 de agosto de 2000 EDM-Matamoros abrió “La Mina de Oro”.
59. El 25 de agosto de 2000, el Lic. Ruiz de Velasco, de Baker & McKenzie, dirigió una opinión legal al Sr. Mitchell, de Thunderbird, con respecto al Oficio del 15 de agosto de 2000, en la que se establece lo siguiente:

Conforme a lo solicitado, por la presente expresamos nuestra opinión en relación al oficio fechado el 15 de agosto de 2000 (“el Oficio”) emitido por la Secretaría de Gobernación de México a favor de Entertainmens de México, S.A. de C.V. (“EDM”), referente a la operación en México de máquinas de videojuego de destreza. Se adjuntan al presente copias del Oficio y su traducción al inglés.

Sobre la base de los términos principales del Oficio, la Secretaría de Gobernación declara no tener competencia sobre la operación de las referidas máquinas, ya que según las manifestaciones de EDM contenidas en su solicitud, las máquinas de videojuego de destreza que ha de operar EDM no están comprendidas en la clasificación de “máquinas

tragamonedas”, las que están prohibidas en México conforme a las leyes aplicables, dado que se consideran máquinas de juegos de azar y/o con apuestas.

Además, en su Oficio, la Secretaría de Gobernación subraya que EDM puede operar las máquinas de videojuego de destreza en la medida en que las mismas no lleguen a ser, en modo alguno, máquinas de juego de azar o con apuestas, en la inteligencia, sin embargo, que EDM deberá cumplir con las leyes o reglamentos estatales y/o municipales vigentes en México.

En virtud de lo anterior, somos de la opinión que EDM podrá operar en México las máquinas de videojuego de destreza en la medida en que cumpla los requisitos administrativos establecidos en las leyes y reglamentos estatales y municipales vigentes en México.

Además, en el supuesto de que la Secretaría de Gobernación pretenda clausurar las operaciones de EDM, ésta podrá recurrir tal resolución, en el entendido de que EDM debe cumplir en todo momento con todos y cada uno de los requisitos establecidos por las autoridades competentes de las jurisdicciones en las que operen las máquinas.

No dude ponerse en contacto con nosotros en caso de tener alguna pregunta.

60. En octubre de 2000, Thunderbird creó Entertainmens de México-Monterrey S. de R.L. de C.V. (“EDM-Monterrey”). El establecimiento de juegos que Thunderbird pretendía establecer en Monterrey nunca abrió.
61. En noviembre de 2000, JDMI y Thunderbird Brasil crearon Entertainmens de México Laredo S. de R.L. de C.V. (“EDM-Laredo”).
62. En diciembre de 2000 tomó posesión en México el gobierno del Sr. Vicente Fox. Se designó al Sr. José Guadalupe Vargas Barrera como nuevo Director de Juegos y Sorteos.

63. El 21 de diciembre de 2000, el Sr. Albert Atallah escribió a los Sres. Oien y Ong “para confirmar que A-1 Financial y sus representantes ya no están facultados para representar a International Thunderbird Gaming Corporation, sus filiales y subsidiarias (incluida Entertainmens de México) respecto de la Operación de Juegos de Destreza de México”, y manifestó que “Thunderbird no cree que A-1 Financial cumplió con sus obligaciones previstas bajo el convenio original”.
64. El 21 de enero de 2001, EDM-Laredo abrió un centro de juegos en Nuevo Laredo.
65. El 25 de febrero de 2001, SEGOB procedió a la clausura del establecimiento de Nuevo Laredo.
66. El 16 de marzo de 2001, en virtud de irregularidades administrativas que afectaban el oficio de clausura del establecimiento de Nuevo Laredo ordenado por SEGOB, ésta levantó los sellos de clausura de dicho establecimiento, el cual Thunderbird reabrió el 20 de marzo de 2001.
67. El 12 de abril de 2001, Thunderbird, los Sres. Oien y Ong y A-1 Financial celebraron un convenio de terminación, transacción y liberación.
68. El 5 de junio de 2001, JDMI y Thunderbird Brasil crearon Entertainmens de México-Reynosa S. de R.L. de C.V. (“EDM-Reynosa”).
69. El 20 de junio de 2001, Thunderbird creó Entertainmens de México-Puebla S. de R.L. de C.V. (“EDM-Puebla”). El establecimiento de juegos que Thunderbird pretendía establecer en Puebla nunca abrió.
70. El 10 de julio de 2001 se celebró en la Ciudad de México una audiencia administrativa en las oficinas del Director de Juegos y Sorteos (“la Audiencia Administrativa”). En ella representaron a Thunderbird los Sres. Watson, Jorge Montaña, Mauricio Girault, Carlos Gómez, y el Sr. Ruiz de Velasco. Thunderbird presentó prueba documental y testimonial, y el Sr. Kevin

McDonald, de SCI, compareció y presentó una máquina portátil para realizar una demostración. En representación de SEGOB estuvieron presentes el Sr. Guadalupe Vargas y el Sr. Alcántara.

71. El 13 de julio de 2001, Thunderbird creó Entertainmens de México-Juárez S. de R.L. de C.V. (“EDM-Juárez”). El establecimiento de juegos que Thunderbird pretendía establecer en Juárez nunca abrió.
72. En agosto de 2001, EDM-Reynosa abrió un centro de juegos en Nuevo Laredo.
73. El 10 de octubre de 2001, SEGOB dictó una resolución administrativa (“la Resolución Administrativa”), estableciendo que las máquinas de EDM eran equipo de juegos de azar prohibidos por la Ley Federal de Juegos y Sorteos, y ordenó la clausura de los establecimientos de EDM-Matamoros y EDM-Laredo. Suscribió la resolución el Sr. Humberto Aguilar Coronado, Director General de Gobierno de SEGOB.
74. El 11 de octubre de 2001, SEGOB procedió a la clausura de los establecimientos de EDM-Matamoros y EDM-Laredo.
75. El 15 de octubre de 2001, EDM entabló juicio de amparo ante el juez de distrito de turno, solicitando la suspensión de la clausura del establecimiento de EDM-Laredo. El 18 de octubre de 2001 fue negado el amparo.
76. El 23 de octubre de 2001, EDM entabló juicio de amparo ante un juzgado de distrito en México, solicitando la suspensión de la clausura del establecimiento de EDM-Matamoros. El 21 de enero de 2002 fue negado el amparo.
77. El 5 de diciembre de 2001, EDM interpuso ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa un recurso de nulidad solicitando la nulidad de la Resolución Administrativa.

78. El 21 de enero de 2002, SEGOB clausuró el establecimiento de Reynosa. EDM-Reynosa entabló juicio de amparo solicitando una suspensión temporal.
79. El 21 de marzo de 2002, Thunderbird inició el presente procedimiento arbitral.
80. El 10 de mayo de 2002, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa rechazó el recurso de nulidad interpuesto por EDM.
81. El 30 de mayo de 2002, un Tribunal Colegiado negó el amparo solicitado por EDM en relación con la clausura del establecimiento de EDM-Laredo. Dicho centro fue definitivamente clausurado.
82. El 10 de junio de 2002, el juez ratificó la sentencia negando el amparo interpuesto por EDM en relación con el establecimiento de Matamoros.
83. El 17 de julio de 2002, EDM se desistió del juicio de amparo referente a la clausura del establecimiento de EDM-Reynosa.
84. El 21 de agosto de 2002, EDM se desistió del juicio de amparo referente a la clausura del establecimiento de EDM-Matamoros.

IV. CUESTIONES SOBRE LAS QUE DEBE PRONUNCIARSE EL TRIBUNAL ARBITRAL

85. A los efectos de resolver esta controversia, el Tribunal debe pronunciarse sobre las principales cuestiones a las que se hace referencia en la lista provisional de cuestiones que se menciona en el párrafo 29, *supra*:

A. Cuestiones Generales

1. ¿Cuál es la legislación aplicable para resolver cada una de las cuestiones que más abajo se mencionan?

2. ¿Sobre cuál de las Partes recae la carga de la prueba en relación con cada una de las cuestiones que más abajo se mencionan?

B. Competencia y/o admisibilidad

3. ¿Alguna de las compañías que más abajo se mencionan (“Compañías de EDM”) era “propiedad o estaba bajo el control directo o indirecto” de Thunderbird en los períodos pertinentes permitiéndole someter a arbitraje una reclamación en nombre de las Compañías EDM, en los términos del Artículo 1117 del TLCAN? De no ser así, ¿cuáles son las consecuencias?

a) Entertainmens de México S. de R.L. de C.V. (“EDM-Matamoros”)

b) Entertainmens de México Laredo S. de R.L. de C.V. (“EDM-Laredo”)

c) Entertainmens de México Reynosa S. de R.L. de C.V. (“EDM-Reynosa”)

d) Entertainmens de México Puebla S. de R.L. de C.V. (“EDM-Puebla”)

e) Entertainmens de México Monterrey S. de R.L. de C.V. (“EDM-Monterrey”)

f) Entertainmens de México Juárez S. de R.L. de C.V. (“EDM-Juárez”).

4. ¿Cumplen los requisitos del Artículo 1121 del TLCAN las renunciadas presentadas el 15 de agosto de 2003 por Thunderbird en nombre de EDM-Puebla, EDM-Monterrey y EDM-Juárez? De no ser así, ¿cuáles son las consecuencias?

Según las respuestas que reciban las cuestiones 3 y 4, las cuestiones en cuanto al fondo del asunto son las siguientes:

C. Fondo del Asunto: Generalidades

5. ¿Qué función cumple, si es que alguna, el Capítulo XI del TLCAN en el presente caso? Específicamente:

5.1 ¿Esta regulado y protegido por el Capítulo XI del TLCAN el derecho de una Parte Contratante de reglamentar una determinada conducta que considere ilegal?

5.2 De ser así, ¿la Ley Federal de Juegos y Sorteos del 31 de diciembre de 1947 forma parte de la legislación de México que reglamenta determinada conducta que considera ilegal, y qué consecuencias emanan de ello?

5.3 ¿Qué función y competencia tiene el Tribunal en relación con el sistema judicial mexicano en cuanto al contenido de las reclamaciones de Thunderbird en el presente caso?

5.4 ¿Están los procedimientos administrativos de SEGOB comprendidos en la cuestión 5.3? ¿En qué medida?

6. ¿Es pertinente, a los efectos del presente caso, considerar desde el punto de vista técnico u otro punto de vista la forma de funcionamiento de las máquinas operadas por las Compañías de EDM?

6.1 De ser así, ¿la cuestión debe resolverse en el marco de la Ley Federal de Juegos y Sorteos del 31 de diciembre de 1947 y/o sobre otra base?

6.2 De ser así, ¿quién debe dar respuesta a esa pregunta? En especial, ¿corresponde al Tribunal aceptar la determinación de SEGOB? De ser así, ¿es esa determinación pertinente para los efectos de la presente controversia?:

a) Antes del 15 de agosto de 2000?;

b) ¿Entre el 15 de agosto de 2000 y el 10 de octubre de 2001?, y/o

c) ¿Después del 10 de octubre de 2001?

6.3 Suponiendo que sea el Tribunal el encargado de dar respuesta a esa pregunta, ¿qué criterios debe aplicar para ello? Específicamente:

a) ¿Eran las máquinas en cuestión de destreza o eran máquinas tragamonedas?

b) ¿Tienen las máquinas un atributo de “singularidad para México”, según lo sostiene Thunderbird, y de ser así, ¿es pertinente para la resolución del caso?

6.4 Suponiendo que sea el Tribunal el encargado de decidir la cuestión y a la luz de la respuesta dada a la cuestión 6.3, ¿cumplían dichas máquinas con los criterios aplicables?

7. ¿Creó el oficio de SEGOB del 15 de agosto de 2000 una expectativa legítima, a efecto de que Thunderbird pueda interponer una reclamación en el presente caso, bajo los Artículos 1102, 1105 y/o 1110 del TLCAN? Específicamente:

7.1 ¿Es una expectativa legítima jurídicamente relevante conforme a los Artículos 1102, 1105 y/o 1110 del TLCAN? ¿En qué medida?

7.2 ¿Qué criterios deben cumplirse en ese sentido para que exista una expectativa legítima?

7.3 ¿Qué significado y jerarquía jurídica tiene el oficio de SEGOB del 15 de agosto de 2000, y en qué medida es relevante?

7.4 ¿Hubo omisión por parte de EDM en el divulgar hechos relevantes, en especial en su solicitud del 3 de agosto de 2000,

como lo alega el Demandado? De ser así, ¿en qué medida es esa omisión relevante en el presente caso?

7.5 ¿Qué consecuencias resultan de las respuestas a las cuestiones 7.1 a 7.4, anteriores?

D. Fondo del Asunto: Artículos 1102, 1105 y 1110 del TLCAN

8. ¿Violó el demandado el principio de “trato nacional” previsto en el Artículo 1102 del TLCAN?

8.1 ¿Cuál de las siguientes pruebas, propuestas por las Partes en la controversia, es la que debe aplicarse conforme al Artículo 1102 del TLCAN? Específicamente:

a) Tal como lo sostiene Thunderbird, ¿debe el Tribunal aplicar una prueba tripartita, consistente en:

i) Identificar los sujetos relevantes de la comparación de trato nacional (tomando como base la similitud de los sujetos a comparar);

ii) Considerar el trato relativo recibido por cada uno de los sujetos a comparar (tomando como base el mejor nivel de trato disponible para cualquier otro inversionista local operando en circunstancias similares), y

iii) Considerar si existen factores que puedan justificar cualquier diferencia de trato así detectada (cuestión que debe interpretarse en sentido estricto y haciendo recaer sobre el Demandado la carga de la prueba)?

b) O bien, según lo sostiene el Demandado, ¿corresponde al Tribunal el aplicar el Artículo 1102 en el sentido de que éste aplica exclusivamente a una

discriminación basada en la nacionalidad y que prohíbe sólo manifestaciones demostrables y significativas de sesgos y prejuicios basados en la nacionalidad, que deberá probar Thunderbird, requiriendo las “circunstancias similares” del Artículo 1102 una adecuada comparación basada en los hechos, teniendo en cuenta, por lo tanto, el cumplimiento de la legislación local aplicable a una conducta ilegal?

8.2 En base a la prueba que ha de aplicarse, ¿violó de hecho el Demandado el Artículo 1102? Específicamente, y en la medida en que sea pertinente para la prueba que ha de aplicarse:

a) ¿El hecho de que Guardia y de la Torre estén supuestamente operando máquinas esencialmente idénticas a las máquinas clausuradas, operadas por las Compañías de EDM significa que el Demandado no ha otorgado a las Compañías de EDM un trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas, conforme al Artículo 1102?

b) ¿Se encuentran “en circunstancias similares” otros operadores de juegos de destreza que han interpuesto recursos locales y obtenido órdenes judiciales de suspensión aplicables hasta que recaiga un pronunciamiento definitivo sobre la legalidad de una orden de clausura dictada contra ellas por la Secretaría de Gobernación, respecto a las circunstancias de las Compañías de EDM, según lo sostenido por Thunderbird?

c) ¿Tomó SEGOB alguna medida contra establecimientos del tipo del de las Compañías de EDM, incluidos los de propiedad de Guardia y de la Torre, según lo alega el Demandado? De ser así, ¿en qué medida es pertinente ese hecho?

d) ¿Es importante en alguna medida, el hecho de que EDM se haya desistido de las acciones judiciales que había promovido en México para obtener reparación por la clausura de sus establecimientos?

9. ¿Violó el Demandado la regla de “Nivel Mínimo de Trato” prevista en el Artículo 1105 del TLCAN?

9.1 ¿Qué significa el “Nivel Mínimo de Trato” previsto en el Artículo 1105 del TLCAN y cómo debe aplicarlo un tribunal arbitral del TLCAN?

9.2 En base a la respuesta dada a las cuestiones 7 y 9.1, que anteceden, ¿Existió dependencia perjudicial para Thunderbird respecto a la carta de SEGOB del 15 de agosto de 2000, también a la luz de la solicitud de Thunderbird del 3 de agosto de 2000? De ser así, ¿es esto una violación del Artículo 1105 del TLCAN?

9.3 En base a la respuesta dada a la cuestión 9.1, que antecede, ¿existió omisión del debido proceso, configurándose la denegación administrativa de justicia, durante los procedimientos relativos a la resolución del 10 de octubre de 2001? De ser así, ¿se violó el Artículo 1105 del TLCAN?

9.4 En base a la respuesta dada a la cuestión 9.1, que antecede, ¿existió una arbitrariedad manifiesta de naturaleza administrativa, que constituya prueba de abuso de derecho, en los procedimientos seguidos ante SEGOB? De ser así, ¿se violó el Artículo 1105 del TLCAN?

10. ¿Realizó el Demandado una expropiación en violación a lo dispuesto por el Artículo 1110 del TLCAN?

10.1 ¿El hecho de que Thunderbird no haya sometido a arbitraje una reclamación en nombre propio en los términos del Artículo 1116 del TLCAN, sino en nombre de las Compañías de EDM en los términos del Artículo 1117 del TLCAN, le impide obtener indemnización en los términos del Artículo 1110?

a) En ese sentido, ¿debe permitirse a Thunderbird, como ésta lo solicita en las páginas 69 y 70 de su EdR, a modificar su EdDP para incluir en tal caso, una reclamación por el 100% de los daños y perjuicios infligidos a los negocios de cada una de las Compañías de EDM debido a

la supuesta violación, por parte del Demandado, del Artículo 1110, mediante la utilización del Artículo 1116 del TLCAN?

b) ¿Constituye una violación del Artículo 1110 del TLCAN también una violación del Artículo 1105, como lo sostiene Thunderbird?

i) En ese sentido, ¿en qué medida es pertinente para el presente caso la Sección B.3 de las Notas Interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo XI, elaboradas por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, del 31 de julio de 2001 (“Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no implica que se haya violado el Artículo 1105(1)”)?

c) ¿Impone el Artículo 1110 del TLCAN una obligación al Demandado frente a las Compañías de EDM?

10.2 A la luz de la respuesta dada a la cuestión 10.1, que antecede, y teniendo en cuenta también la cuestión 10.3 *infra*, ¿es pertinente establecer cuáles son los estándares de expropiación que han de aplicarse conforme al Artículo 1110 del TLCAN? De ser así, ¿cuáles son esos estándares?

10.3 A la luz de las respuestas dadas a las cuestiones 7, 10.1 y 10.2, que anteceden, ¿poseen las Compañías de EDM derechos legítimamente adquiridos en los negocios que realizan? Específicamente:

a) ¿Las Compañías de EDM operaban sus negocios como actividades consideradas ilícitas bajo la legislación mexicana?

b) ¿Operaban las Compañías de EDM basándose en una expectativa legítima que se asemeje a una dependencia perjudicial, como lo sostiene Thunderbird, en los términos del Artículo 1105?

- c) Suponiendo que las respuestas a las cuestiones a) y b) de la presente cuestión 10 sean afirmativas, ¿equivalen los actos de SEGOB a una expropiación en los términos de lo dispuesto en el Artículo 1110 del TLCAN?

E. Fondo del Asunto: Daños y perjuicios

11. Si las respuestas a las cuestiones 8 y/o 9 y/o 10, que anteceden, son afirmativas, ¿Tiene Thunderbird derecho a que se le indemnice por daños y perjuicios? De ser así, ¿En qué monto?

11.1 ¿Cuáles son los principios de indemnización que deben aplicarse a los daños y perjuicios en el presente caso?

- a) ¿Son diferentes estos principios de los aplicables a la violación de los Artículos 1102, 1105 y 1110 del TLCAN? De ser así, ¿cuáles son las diferencias?

- b) ¿Da lugar a alguna distinción el hecho de que el acto que origina la reclamación sea legal o ilegal?

- c) ¿A qué fecha han de determinarse los daños y perjuicios?

11.2 ¿Existe un nexo causal suficiente entre la violación y los daños y perjuicios reclamados por Thunderbird?

11.3 ¿Son los daños reclamados por Thunderbird una consecuencia razonablemente previsible del acto que haya configurado la violación cometida por el Demandado?

11.4 A la luz de las respuestas dadas a las cuestiones 11.1 a 11.3, que anteceden, ¿Cómo sostiene Thunderbird, deben valuarse los daños y perjuicios en base al valor de mercado de las Compañías de EDM calculado sobre las utilidades futuras previstas mediante un método de descuento de los flujos de efectivo?

11.5 En la medida en que el tema no se considere en las respuestas a las cuestiones 11.1 a 11.4, que anteceden, ¿Ha probado Thunderbird los daños y perjuicios, tal como lo sostiene?

11.6 A la luz de las respuestas dadas a las cuestiones 11.1-11.5, que anteceden, ¿cuál es el monto de los daños y perjuicios?

11.7 En relación a los intereses sobre los daños y perjuicios:

- a) ¿Qué tasa de interés ha de aplicarse y qué moneda debe tenerse en cuenta a tales efectos?
- b) ¿Debe ser compuesto el interés?
- c) ¿Durante qué período de tiempo se deben aplicar los intereses?

F. Costos

12. ¿Cuáles son los costos del arbitraje y cuál de las partes debe soportarlos, o en qué proporciones deben distribuirse esos costos entre las partes?.

V. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES SOBRE LAS QUE DEBE PRONUNCIARSE EL TRIBUNAL

86. El Tribunal procederá ahora a evaluar las cuestiones en su orden. Para ello, ha considerado todos los argumentos, documentos y declaraciones testimoniales que integran el expediente del presente caso y tratará los argumentos formulados por las partes en la medida en que sean pertinentes para las decisiones adoptadas. Las decisiones del Tribunal se basan en la totalidad del expediente del presente caso.

A. Generalidades**Cuestión 1. ¿Cuál es la legislación aplicable para resolver cada una de las cuestiones que más abajo se mencionan?**i) Posición de Thunderbird

87. Thunderbird sostiene que la ley aplicable para resolver todas las cuestiones que se presentan en este arbitraje son las disposiciones invocadas de la Sección A del Capítulo XI del TLCAN y las normas aplicables del derecho internacional. Además, según Thunderbird, las disposiciones del Capítulo XI del TLCAN deben interpretarse conforme a las normas de derecho internacional consuetudinario sobre interpretación de los tratados y a la luz de los objetivos y principios rectores del TLCAN, especificados en el Artículo 102.

ii) Posición de México

88. México hace referencia al Artículo 1131(1) del TLCAN y sostiene que el Tribunal debe decidir las cuestiones sobre la base de las disposiciones pertinentes del Capítulo XI del TLCAN y de las reglas aplicables del derecho internacional. Agrega que la competencia de un tribunal del TLCAN es más limitada que la de otros tribunales, como los constituidos en el marco de las reglas del CIADI, pues no está facultado para resolver una controversia haciendo referencia al derecho interno de una Parte del TLCAN.

iii) Conclusiones del Tribunal

89. Conforme a lo dispuesto en el Artículo 1131(1) del TLCAN (titulado “Derecho Aplicable”), el Tribunal decidirá las controversias planteadas en este arbitraje “de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional”.

90. En especial, el Tribunal acude a las fuentes de derecho mencionadas en el Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que dispone lo siguiente:

La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

91. El Tribunal deberá interpretar las disposiciones del Capítulo XI del TLCAN “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (*véase* el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; *véanse también* los párrafos 125-126 más adelante).

Cuestión 2. ¿Sobre cuál de las Partes recae la carga de la prueba en relación con cada una de las cuestiones que más abajo se mencionan?

i) Posición de Thunderbird

92. Thunderbird sostiene que conforme a las normas aplicables de derecho internacional, sobre ella recae la carga de probar sus manifestaciones y que, a la inversa, sobre México recae la carga jurídica de probar todas las excepciones afirmativas que oponga. Sostiene que “la carga de la prueba” se desplaza cuando se han presentado pruebas suficientes. Thunderbird alega además, que ha demostrado *prima facie* las violaciones del TLCAN y que México no ha cumplido su carga de presentar pruebas que refuten esa demostración.

ii) Posición de México

93. México hace referencia al Artículo 24 de las Reglas de la CNUDMI y a la jurisprudencia internacional, sosteniendo que la parte que aduce un hecho o una reclamación tiene la carga de probar todos los elementos de la misma, y que la carga de la prueba puede desplazarse a la otra Parte cuando se han probado *prima facie* los hechos.

iii) Conclusiones del Tribunal

94. El presente arbitraje se rige por las Reglas de la CNUDMI, cuyo Artículo 24(1) establece :

Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas.

95. El Tribunal hace notar de que las Partes no parecen discrepar en cuanto a los principios que rigen la carga de la prueba. El Tribunal aplicará el principio, firmemente establecido, de que la parte que argumenta una violación del derecho

internacional que genera responsabilidad internacional tiene la carga de probar sus afirmaciones¹. Si esa Parte ofrece pruebas que *prima facie* respalden sus alegatos, la carga de la prueba puede desplazarse a la otra Parte, si las circunstancias así lo justifican².

B. Competencia y/o admisibilidad

Cuestión 3. ¿Alguna de las compañías que más abajo se mencionan (“Compañías de EDM”) era “ propiedad o estaba bajo el control directo o indirecto” de Thunderbird en los períodos pertinentes permitiéndole someter a arbitraje una reclamación en nombre de las Compañías EDM, en los términos del Artículo 1117 del TLCAN? De no ser así, ¿cuáles son las consecuencias?

96. El Artículo 1117 del TLCAN establece:

¹ Véase Bin Cheng, GENERAL PRINCIPLES OF LAW APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS, pág. 302 y siguientes. (1987)

² Véase, al respecto, *Feldman c. México*, Decisión provisional acerca de cuestiones jurisdiccionales, 6 de diciembre de 2000, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, http://www.worldbank.org/icsid/cases/feldman_mexico_interim-sp.PDF, en que se cita *Estados Unidos – Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*, 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R, pág. 14, en que el Órgano de Apelación de la OMC declaró:

[...] diversos tribunales internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia, [han] aceptado y aplicado de forma general y concordante la norma según la cual la parte que alega un hecho -sea el demandante o el demandado- debe aportar la prueba correspondiente. Además, es una regla de prueba generalmente aceptada en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista, en el common law y, de hecho, en la mayor parte de las jurisdicciones, que la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa. Si esa parte presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción.

1. El inversionista de una Parte, en representación de una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta sección, una reclamación en el sentido de que la otra Parte ha violado una obligación establecida en:

a) la Sección A o el Artículo 1503(2) “Empresas del Estado”; o

b) el Artículo 1502(3)(a) “Monopolios y empresas del Estado”, cuando el monopolio haya actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A, y la empresa haya sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella.

2. Un inversionista no podrá presentar una reclamación en representación de la empresa a la que se refiere el párrafo 1, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual la empresa tuvo conocimiento por primera vez, o debió tener conocimiento de la presunta violación y de que sufrió pérdidas o daños.

3. Cuando un inversionista presente una reclamación de conformidad con este artículo y de manera paralela el inversionista o un inversionista que no tenga el control de una empresa, presente una reclamación en los términos del Artículo 1116 como consecuencia de los mismos actos que dieron lugar a la presentación de una reclamación de acuerdo con este artículo, y dos o más demandas se sometan a arbitraje en los términos del Artículo 1120, el tribunal establecido conforme al Artículo 1126, examinará conjuntamente dichas demandas, salvo que el tribunal determine que los intereses de una parte contendiente se verían perjudicados.

4. Una inversión no podrá presentar una reclamación conforme a esta sección.

i) Posición de México

97. México objeta la competencia del Tribunal para conocer de la reclamación de Thunderbird conforme al Capítulo XI del TLCAN y alega que Thunderbird no era propietaria ni controlaba ninguna de las compañías de EDM y que, por lo tanto, conforme a lo dispuesto por el Artículo 1117 del TLCAN, no está legitimada para presentar una reclamación en nombre de ellas; específicamente, que Thunderbird no probó que fuera la propietaria de Juegos de México ni de Thunderbird Brasil; que esas compañías hubieran adquirido compañías de EDM, ni que Juegos de México y Thunderbird Brasil fueran las propietarias de las compañías de EDM.
98. En cuanto al control, México sostiene que conforme al TLCAN debe probarse el control jurídico y que Thunderbird no lo ejercía con respecto a EDM-Matamoros, EDM-Laredo ni EDM-Reynosa. México sostiene además que Thunderbird tampoco demostró que tuviera un control de hecho de las compañías en cuestión.

ii) Posición de Thunderbird

99. Thunderbird sostiene que posee legitimación conforme al Artículo 1117 del TLCAN porque las entidades EDM son de su “propiedad o están bajo su control”. Afirma haber sido el propietario durante los períodos pertinentes y seguir manteniendo la propiedad directa de la totalidad de las acciones en circulación de EDM-Puebla, EDM-Monterrey y EDM-Juárez.
100. En cuanto a EDM-Matamoros, EDM-Laredo y EDM-Reynosa, Thunderbird alega que si bien en todos los períodos pertinentes mantuvo, y mantiene, intereses significativos en esas EDM, nunca adujo ser la propietaria absoluta de las mismas. Sostiene, en cambio, que en todo momento mantuvo, y aún mantiene, directa e indirectamente, en todos los períodos pertinentes, un control de EDM-Matamoros, EDM-Laredo y EDM-Reynosa, que le confiere legitimación procesal conforme al Artículo 1117 del TLCAN. Thunderbird invoca la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos y la

jurisprudencia del TLCAN (por ejemplo, en el caso *S.D. Myers Inc.*), que apoyan su afirmación de que para iniciar una reclamación conforme al TLCAN basta poseer control de hecho, y sostiene que ha presentado una reclamación respaldada por pruebas sustanciales de que, en los hechos, controlaba de todas las inversiones de EDM a las que se refiere su reclamación.

iii) Conclusiones del Tribunal

101. México opuso excepciones a la competencia del Tribunal para conocer de la reclamación de Thunderbird invocando el Capítulo XI del TLCAN, por supuesta inexistencia de propiedad o control de Thunderbird sobre las Compañías de EDM a los efectos del Artículo 1117.
102. El Artículo 1117 del TLCAN exige, para que el inversionista pueda plantear una reclamación en nombre de una empresa, que ésta sea “propiedad del inversionista o que esté bajo su control”. Por lo tanto, Thunderbird debe probar que era propietaria de las Compañías de EDM o las controlaba. Por las razones que a continuación se expresan, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que Thunderbird ha satisfecho los requisitos del Artículo 1117 del TLCAN.
103. No está en disputa la cuestión de que Thunderbird era la propietaria de la mayoría de las acciones de EDM-Puebla, EDM-Monterrey y EDM-Juárez. Ninguna de esas entidades realizó efectivamente operaciones o actividades empresariales en México.
104. Por otra parte, Thunderbird ha reconocido de que sólo mantenía una propiedad parcial de EDM-Matamoros (36.67%), EDM-Laredo (33.3%) y EDM-Reynosa (40.1%) (conjuntamente, “las EDM Minoritarias”).
105. Por lo tanto, el presente debate gira en torno a la cuestión de si Thunderbird ejercía el control de las EDM Minoritarias. Cabe preguntarse si el término “control” debe entenderse en sentido jurídico, o si a los efectos del Capítulo XI del TLCAN puede bastar un control *de hecho*. Según México, para establecer en

qué consiste el “control” de una compañía, el Tribunal debe acudir a la legislación sobre sociedades de la Parte en el marco de cuya legislación se haya constituido la empresa, por lo cual, conforme al Artículo 1117 del TLCAN, correspondería probar el control jurídico, según lo dispone la legislación societaria mexicana.

106. El Tribunal no comparte la postura de México de que el Artículo 1117 del TLCAN obliga a probar el control jurídico. El TLCAN no define el término “control”. En la acepción ordinaria del término, puede ejercerse control de diversas maneras. Por lo tanto, el Tribunal entiende que a los efectos del Artículo 1117 del TLCAN basta la prueba de control efectivo o “*de hecho*”³, aunque opina que cuando no existe control jurídico, debe determinarse el control *de hecho* más allá de toda duda razonable.
107. A pesar de que Thunderbird poseía menos del 50% de la propiedad de las EDM Minoritarias, el Tribunal encuentra en el expediente pruebas suficientes de que Thunderbird ejercía un incuestionable y sistemático control *de hecho* sobre esas entidades. Thunderbird estuvo en condiciones de influir significativamente sobre el proceso de adopción de decisiones de EDM y, a través de las actividades, funcionarios, recursos y experiencia técnica de Thunderbird, fue impulso constante de las actividades empresariales de EDM en México.

³ Véase, al respecto, la definición de control que aparece en una “Interpretación” del apartado 6 del Artículo 1 del Tratado de la Carta de la Energía (cuyo texto es prácticamente idéntico al del Artículo 1117 del TLCAN): “En aras de una mayor claridad en cuanto a si una inversión realizada en el territorio de una de las Partes contratantes está controlada directa o indirectamente por un inversionista de otra de las Partes contratantes, control de una inversión significa control de hecho, determinado tras un análisis de las circunstancias reales de cada situación. En dicho análisis se tendrán en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos los siguientes aspectos relativos al inversionista: (a) su participación financiera, incluida su participación en el capital, en la Inversión; (b) su capacidad para ejercer una influencia sustancial en la administración y el funcionamiento de la Inversión, y (c) su capacidad para ejercer una influencia sustancial en la selección de los integrantes del consejo de administración o de cualquier otro órgano de administración [...]” (énfasis añadido).

108. En el mundo corporativo internacional es muy común controlar una actividad empresarial sin ser propietario de la mayoría de los derechos de voto en las asambleas de accionistas. También puede obtenerse el control a través de la facultad de decidir y ejecutar, en los hechos, las decisiones clave de las actividades de negocios de una empresa y, bajo ciertas circunstancias, a través de uno o más factores, como tecnología, acceso a suministros, acceso a mercados, acceso al capital, conocimientos técnicos, y de un prestigio que confiera autoridad. La propiedad y el control jurídico pueden garantizar que el propietario o la entidad que ejerce ese control, tenga en última instancia el derecho de adoptar decisiones clave. No obstante, si en la práctica una persona ejerce decisiones con la expectativa de recibir un retorno económico por su esfuerzo y puede eventualmente ser responsable por las decisiones impropias que adopte, cabe concebir la existencia de un vínculo genuino en virtud del cual esa persona ejerce el control de la empresa.
109. En el presente caso, habiendo examinado íntegramente el expediente, el Tribunal concluye que, de no haber sido por la participación y adopción de decisiones clave por parte de Thunderbird durante los períodos más significativos, es decir durante la plantación de las actividades empresariales en México, sus gastos y capital iniciales, su contratación de los proveedores de máquinas, consultas con SEGOB y durante la clausura de los establecimientos de EDM, los negocios de EDM en México no podrían haberse realizado. En efecto, los funcionarios clave de Thunderbird y de las EDM Minoritarias eran las mismas personas (*véase* *Dramatis Personae*, del 26 de abril de 2004: el Sr. Jack Mitchell era el Presidente y principal funcionario de Thunderbird y de las Compañías de EDM; el Sr. Peter Watson, asesor jurídico de Thunderbird, era accionista de Thunderbird y de las Compañías de EDM). El financiamiento de los gastos iniciales, los conocimientos técnicos de las máquinas, la selección de los proveedores y la rentabilidad prevista de la inversión fueron proporcionados o determinados por Thunderbird. Igualmente, la asesoría legal, el referente a la explotación de las máquinas de EDM en México estaba dirigida a Thunderbird (*véase*, en el Anexo R-112, el dictamen jurídico del Sr. Ruiz de Velasco del 25 de agosto de 2000).

110. A juicio del Tribunal, del expediente se desprende claramente que sin la iniciativa, el impulso y la adopción de decisiones en forma sistemática y significativa por parte de Thunderbird, la inversión en México no se hubiera materializado. En consecuencia el Tribunal concluye que Thunderbird ejerció el control de las EDM Minoritarias en los términos del Artículo 1117 del TLCAN, en medida suficiente como para quedar legitimada para plantear una reclamación en nombre de esas entidades conforme a la referida disposición.

Cuestión 4. ¿Cumplen los requisitos del Artículo 1121 del TLCAN las renunciaciones presentadas el 15 de agosto de 2003 por Thunderbird en nombre de EDM-Puebla, EDM-Monterrey y EDM-Juárez? De no ser así, ¿cuáles son las consecuencias?

111. El Artículo 1121 del TLCAN, titulado “Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral”, dispone:

[...]

2. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1117, sólo si tanto el inversionista como la empresa:

(a) consienten en someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado; y

(b) renuncian a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento con respecto a la medida de la Parte contendiente que presuntamente sea una de las violaciones a las que se refiere el Artículo 1117 ante cualquier tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme al derecho de la Parte contendiente.

3. El consentimiento y la renuncia requeridos por este Artículo se manifestarán por escrito, se entregarán a la Parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje.

[...]

i) Posición de México

112. México señala que Thunderbird no presentó renunciaciones en nombre de EDM-Puebla, EDM-Monterrey y EDM-Juárez según lo preceptuado por el TLCAN. Sostiene, específicamente, que conforme al Artículo 1121 del TLCAN Thunderbird debió haber renunciado por escrito a su derecho a iniciar o continuar cualquier acción ante tribunales de justicia locales u otros foros a la fecha en que sometió a arbitraje su reclamación, es decir, a la fecha en que presentó la Notificación de Arbitraje. En consecuencia, según México, las reclamaciones de esas tres Compañías de EDM son inadmisibles en el contexto del TLCAN.

ii) Posición de Thunderbird

113. Thunderbird sostiene que cumplió todos los requisitos de los Artículos 1121(2) y (3) del TLCAN a través de la presentación, el 15 de agosto de 2003 (en forma concurrente con su EdDP), de renunciaciones correspondientes a EDM-Puebla, EDM-Monterrey y EDM-Juárez, que había omitido por inadvertencia en sus escritos anteriores. Thunderbird alega que, de todas maneras, aun suponiendo que las cartas de renuncia se hayan presentado después de “someter la reclamación a arbitraje“, tribunales anteriores del TLCAN concluyeron que esos defectos procesales menores no pueden invocarse para frustrar una reclamación por lo demás fundada. Thunderbird agrega que ninguna de las Compañías de EDM ha iniciado acciones en infracción de la renuncia prevista en el Artículo 1121.

iii) Conclusiones del Tribunal

114. México ha sostenido que, con respecto a EDM-Puebla, EDM-Monterrey y EDM-Juárez, Thunderbird no sometió a arbitraje una reclamación en cumplimiento de los requisitos del Artículo 1121 del TLCAN.
115. El Artículo 1121 del TLCAN se refiere a las condiciones previas a someter una reclamación a arbitraje. Por lo tanto, no se puede tratar con ligereza el incumplimiento de esas condiciones por una de las partes. No obstante, el Tribunal concluye por las razones que siguen, que las renunciaciones presentadas en relación con EDM-Puebla, EDM-Monterrey y EDM-Juárez fueron válidas en el sentido del Artículo 1121 del TLCAN.
116. Thunderbird sometió una reclamación a arbitraje mediante una Notificación de Arbitraje fechada el 1 de agosto de 2002 (y recibida por México el 22 de agosto de 2002). Conforme al Artículo 1121 del TLCAN, Thunderbird habría estado obligada a presentar las renunciaciones pertinentes, previstas en el Artículo 1121 del TLCAN, a la fecha en que sometió a arbitraje su reclamación, la cual, conforme al Artículo 1137(1) del TLCAN, era la fecha en que México recibió la Notificación de Arbitraje prevista en las Reglas de la CNUDMI. No obstante, Thunderbird sólo presentó renunciaciones escritas con respecto a EDM-Puebla, EDM-Monterrey y EDM-Juárez, junto con su escrito de demanda pormenorizado, el 15 de agosto de 2003. La cuestión de que se trata no consiste, por lo tanto, en la existencia de una omisión real de presentar renunciaciones con respecto a EDM-Puebla, EDM-Monterrey y EDM-Juárez, sino más bien en la extemporaneidad de dicha presentación.
117. Thunderbird no presentó las renunciaciones pertinentes con la Notificación de Arbitraje, pero subsanó esa omisión adjuntándolas al EdDP. El Tribunal no desea pasar por alto la presentación posterior de esas renunciaciones, ya que de no hacerlo, estaría, a juicio del Tribunal, dando una lectura excesivamente formalista al Artículo 1121 del TLCAN. De hecho, el Tribunal considera que el requisito de incluir renunciaciones en la documentación presentada con la demanda es

mera formalidad⁴, y que la omisión de cumplir esos requisitos no puede bastar para declarar nula la presentación de una demanda si la supuesta omisión se corrige en una etapa posterior del procedimiento. El Tribunal comparte la opinión de otros tribunales del TLCAN de que las disposiciones del Capítulo XI no pueden interpretarse en forma excesivamente técnica⁵.

118. Al interpretar el Artículo 1121 del TLCAN es preciso tener en cuenta el fundamento y la finalidad de ese artículo. Los requisitos sobre consentimiento y renuncia en él estipulados cumplen una finalidad específica, consistente en impedir que una parte promueva recursos internos e internacionales concurrentes que den lugar a resultados encontrados (y, por lo tanto, a incertidumbre jurídica) o a una doble reparación por idéntica conducta o medida. En el presente procedimiento, el Tribunal hace notar de que las Compañías de EDM no iniciaron ni continuaron ningún recurso en México mientras participaban en este procedimiento arbitral, por lo cual, considera que Thunderbird ha cumplido efectivamente los requisitos del Artículo 1121 del TLCAN.

C. Fondo del Asunto: Generalidades

Cuestión 5. ¿Qué función cumple, si es que alguna, el Capítulo XI del TLCAN en el presente caso?

⁴ Véase, al respecto, la distinción efectuada por la mayoría del tribunal en *Waste Management, Inc. c. Mexico*, Laudo Arbitral, 2 de junio de 2000, Caso CIADI No. ARB(AF)98/2, http://www.worldbank.org/icsid/cases/waste_laudo.pdf, entre requisitos “formales” y “materiales” conforme al Artículo 1121 del TLCAN.

⁵ Véase *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos*, Laudo, 11 de octubre de 2002, Caso CIADI No. ARB(AF)99/2, <http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf>. “El capítulo XI no debe ser interpretado de una forma excesivamente técnica en el sentido de requerir el inicio de múltiples procedimientos a fin de lograr una controversia que está en esencia dentro de su propio alcance”. (44).

i) Posición de Thunderbird

119. Thunderbird admite que el Artículo 1114 del TLCAN permite a los gobiernos describir y regular las conductas que deseen como “ilegal” para sus propósitos internos. Sostiene que un tribunal del TLCAN puede pronunciarse acerca de si una parte al Tratado ha llevado a cabo o no sus actividades reglamentarias sin violar las obligaciones que le impone el Capítulo XI. Considera que la Ley Federal de Juegos y Sorteos del 31 de diciembre de 1947 constituye una “medida” de las previstas en el Capítulo XI del TLCAN, al igual que lo son las diversas formas de las actividades tendientes a hacer cumplir dichas disposiciones.
120. Thunderbird admite asimismo que el Tribunal no tiene función alguna que cumplir en relación con el sistema judicial mexicano en lo relativo a la materia del presente caso, por no ser un tribunal de apelación o revisión, sino que debe limitarse a establecer si México ha desarrollado y ejecutado las medidas en cuestión en forma compatible con las obligaciones que le impone el Capítulo XI del TLCAN. En este sentido, Thunderbird caracteriza los procedimientos administrativos de SEGOB como una labor de investigación de hechos en la esfera administrativa, o un procedimiento cuasi judicial, que debe resolverse a la luz de las normas del debido proceso y la equidad procesal aplicables a autoridades administrativas, más que a autoridades judiciales.

ii) Posición de México

121. México sostiene que el Capítulo IX del TLCAN reconoce y protege el derecho de una Parte Contratante de regular determinada conducta que considere ilegal, y que la Ley Federal de Juegos y Sorteos forma parte de la legislación mexicana que regula las conductas que México considera ilegales.
122. Con respecto al cometido y la competencia del Tribunal en relación con el sistema judicial mexicano en cuanto a la materia de las reclamaciones de Thunderbird, México sostiene que el Tribunal no puede actuar como tribunal de

apelación facultado para revisar las sentencias de los tribunales internos mexicanos. Según México, el Tribunal sólo puede establecer si la conducta de la administración mexicana, al hacer cumplir la legislación interna, era compatible con las tres disposiciones del TLCAN que invoca Thunderbird. En cuanto a los procedimientos administrativos seguidos por SEGOB, México señala que los mismos estuvieron sujetos, en todas sus etapas, a revisión judicial en México y que el Tribunal no está facultado para revisarlos como lo haría un tribunal de apelación.

iii) Conclusiones del Tribunal

123. Las Partes no discrepan en cuanto a que el Capítulo XI del TLCAN reconoce en principio el derecho de una Parte Contratante de regular las conductas que considere ilegales.
124. El Tribunal hace notar de que, conforme a la legislación mexicana, específicamente la Ley Federal de Juegos y Sorteos del 31 de diciembre de 1947, los juegos de azar constituyen una actividad ilegal.
125. Como lo admiten ambas Partes, el propósito del Tribunal en el presente arbitraje no consiste en establecer si las máquinas de EDM eran equipos de juegos de azar prohibidos conforme a la Ley Federal de Juegos y Sorteos. No es función del Tribunal actuar como tribunal de apelación o de revisión de lo decidido por el sistema judicial mexicano en relación con el objeto de las presentes reclamaciones, ni tampoco en relación con los procedimientos administrativos seguidos por SEGOB.
126. El Tribunal examinará, en cambio, la cuestión de si la conducta de México y las medidas dispuestas por SEGOB en relación con las Compañías de EDM eran compatibles con las obligaciones que impone a México el Capítulo XI del TLCAN.

127. El papel del Capítulo XI en el presente caso consiste, por lo tanto, en contrastar la conducta de México con respecto a Thunderbird en relación con las normas de derecho internacional estipuladas por el Capítulo XI del TLCAN. En este contexto, México dispone de un “espacio” particularmente amplio para reglamentar. En la reglamentación del sector de los juegos de azar los gobiernos poseen potestades especialmente amplias, que reflejan las opiniones nacionales sobre moral pública. En lo que se refiere al TLCAN, México puede permitir o prohibir toda forma de juego de azar. Puede modificar su política regulatoria y tiene amplia discrecionalidad en cuanto a la manera de aplicarla mediante reglamentos y actos administrativos. Conforme a las disciplinas de derecho internacional, previstas en especial en los Artículos 1102, 1105 y 1110, sólo corresponde establecer si los reglamentos y actos administrativos de México violan esas disciplinas específicas. La perspectiva es la de una obligación de derecho internacional en que se examina la conducta nacional como un “hecho”.

Cuestión 6. ¿Es pertinente, a los efectos del presente caso, considerar desde el punto de vista técnico u otro punto de vista la forma de funcionamiento de las máquinas operadas por las Compañías de EDM?

i) Posición de Thunderbird

128. Thunderbird sostiene que el funcionamiento de las máquinas es pertinente para evaluar la justificación (o falta de justificación) de México para haber incautado las empresas e inversión de Thunderbird en cuanto a la cuestión de la dependencia perjudicial conforme al Artículo 1105; puesto que las autoridades mexicanas sabían -antes del 15 de agosto de 2000- de la utilización de equipos similares en establecimientos que ellas regulaban (por ejemplo, los de Guardia); y en cuanto al Artículo 1102 en la medida en que equipos similares han sido y siguen siendo utilizados en otros establecimientos, mientras que los de las EDM siguen clausurados.
129. Thunderbird argumenta, además, que la manera en que el funcionamiento de las máquinas reviste importancia a los efectos del presente caso no requiere de una

decisión del Tribunal en cuanto a la legalidad de las máquinas de EDM a la luz de la legislación mexicana.

130. Thunderbird sostiene asimismo que la decisión de SEGOB, en el momento que fuere referente al funcionamiento de las máquinas, sólo reviste importancia en cuanto a la cuestión de si algún acto sancionado sobre la base de esas decisiones viola las disposiciones aplicables del TLCAN.
131. Según Thunderbird, el único criterio de importancia para que el Tribunal determine la forma de funcionamiento de las máquinas es el establecido en el Oficio, es decir, si “el factor preponderante de operación es el azar y la apuesta, y no la habilidad y destreza” del usuario. Thunderbird sostiene que las máquinas en cuestión cumplían los criterios aplicables y que, de hecho, según las pruebas que tiene ante sí el Tribunal, constituyen “máquinas de destreza” operadas conforme a lo previsto en el Oficio. Thunderbird hace referencia, en ese sentido, a la demostración realizada con la versión portátil por el Sr. McDonald en la Audiencia.

ii) Posición de México

132. Según México, el funcionamiento de las máquinas resulta pertinente para resolver las cuestiones de si SEGOB actuó arbitrariamente, desde el punto de vista del derecho internacional, al concluir que esas máquinas eran equipos prohibidos conforme a la legislación mexicana y si Thunderbird pudo haber tenido una expectativa razonable de que SEGOB convendría en que las máquinas operadas por EDM no eran máquinas de juegos de azar ilegales.
133. México señala que el Tribunal carece de competencia para establecer si las operaciones de juegos de azar de EDM eran legales o si las máquinas en cuestión estaban prohibidas por la legislación mexicana. No obstante, objeta la caracterización de las máquinas, por parte de Thunderbird, como máquinas “de destreza”, sosteniendo, en cambio, que de las pruebas ofrecidas por México se establece que las máquinas de EDM son, simplemente, máquinas de “video póquer” o “tragamonedas”, similares o idénticas a máquinas que fueron

declaradas como equipos de juegos de azar en procedimientos judiciales de los Estados Unidos y anteriormente descritas como tales por la propia Thunderbird. México hace referencia, en ese sentido, al dictamen pericial del profesor Rose y a la demostración llevada a cabo en la Audiencia por el Sr. McDonald.

iii) Conclusiones del Tribunal

134. Ambas Partes han sostenido que el funcionamiento de las máquinas de EDM tiene relevancia en relación con determinadas cuestiones que tiene ante sí el Tribunal. Así, Thunderbird ha ofrecido pruebas que respaldan su afirmación de que las máquinas de EDM son máquinas “de destreza”, en tanto que México ha ofrecido pruebas de se trata de máquinas “tragamonedas”, que la legislación mexicana prohíbe.
135. El Tribunal está de acuerdo en que la naturaleza y funcionamiento de las máquinas puede ser un factor de importancia para considerar determinados temas en el presente arbitraje, pero no es preciso que incurriera en un detallado debate técnico sobre las características y el funcionamiento precisos de las máquinas, pues ambas Partes reconocen que el Tribunal no está llamado a determinar la legalidad de las máquinas conforme a la Ley Federal de Juegos y Sorteos.
136. El Tribunal deja constancia de que las máquinas operadas por EDM están equipadas con generadores computarizados de números aleatorios, y que es posible establecer el nivel de premios y, por lo tanto, la probabilidad de ganar. Por ejemplo, el Manual del Juego “Fantasy 5” de Bestco encontrado en las instalaciones de EDM Laredo establece que la base de pago está establecida “al 75%. Esta base de pago puede ser cambiada a un valor dentro de un rango de entre 50% y 95%.” (Anexo R-15, Pág. 13). El Tribunal deja constancia, además, de que el porcentaje de pago no está a la vista del jugador ni éste tiene alguna otra forma de conocerlo (véase McDonald en Tr. 498-502). El tribunal infiere que la operación de éstas máquinas de video juego con generadores incorporados y modificables involucran un grado de azar considerable y que mediante el

ajuste de la base de pago, el operador de la máquina puede manipular la probabilidad de ganar, independientemente de la destreza del jugador.

Cuestión 7. ¿Creó el oficio de SEGOB del 15 de agosto de 2000 una expectativa legítima, a efecto de que Thunderbird pueda interponer una reclamación en el presente caso, bajo los Artículos 1102, 1105 y/o 1110 del TLCAN?

i) Posición de Thunderbird

137. Thunderbird sostiene que esta cuestión es pertinente a los efectos de la aplicación de los Artículos 1105, 1110 y 1102 del TLCAN.
138. En cuanto al nivel de protección de las expectativas legítimas, Thunderbird aduce que, si un inversionista o una inversión se basa, razonablemente, en las manifestaciones de autoridades públicas y en virtud de ello sufren perjuicios, el Estado incurre en responsabilidad conforme al derecho internacional. Thunderbird menciona varios casos al respecto⁶, sosteniendo que el principio de que deben repararse los perjuicios experimentados por quien se basa en manifestaciones de autoridades públicas es una expresión del principio general de derecho internacional referente a la buena fe y de la norma de derecho internacional consuetudinario de trato justo y equitativo. Según Thunderbird, al ratificar el TLCAN México creó un conjunto de expectativas legítimas en las que podían basarse razonablemente un inversionista o una inversión.
139. Thunderbird sostiene que, tratando de lograr certeza en cuanto a la legalidad y legitimidad de las operaciones que se proponía realizar en México, dicha

⁶ En especial, *Metalclad Corp. c. México*, Laudo, 30 de agosto de 2000, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/mm-award-s.pdf>; *ADF Group Inc. c. Estados Unidos*, Laudo, 9 de enero de 2003, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ADF-award.pdf>; *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, Laudo Definitivo, 1 de julio de 2004, Caso LCIA No. UN3467, http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf.

compañía y EDM solicitaron al gobierno mexicano un dictamen oficial. Según Thunderbird, la respuesta dada por SEGOB dio a las Compañías de EDM seguridades escritas o una “autorización por omisión” para operar las máquinas específicamente mencionadas en la Solicitud, y definió un criterio conforme al cual Thunderbird podría operar máquinas de destreza sin estar sujeta a la regulación de SEGOB, siendo el criterio que las máquinas debían ser tales que el “factor preponderante” de la operación fuera la destreza y habilidad del usuario. Thunderbird no afirma que esto le haya conferido un permiso o licencia gubernamental para operar, sino que SEGOB generó una expectativa legítima en que las Compañías de EDM debieron haber razonablemente podido basarse.

140. Thunderbird niega haber omitido divulgar hechos de importancia en la Solicitud. Señala que las autoridades de SEGOB que emitieron la circular necesariamente conocían las máquinas de destreza que se proponían operar las Compañías de EDM, puesto que, entre otras cosas, México había venido litigando contra Guardia en relación a máquinas similares, y por que SEGOB no solicitó información adicional sobre las máquinas de EDM.

ii) Posición de México

141. México niega que el Oficio creara una expectativa legítima para Thunderbird con respecto a sus inversiones en México. Según México, el Oficio no consistió en un acto de aprobación o permiso, sino una opinión consultiva basada en la información proporcionada por EDM en la Solicitud, y establecía que, si las máquinas operadas por EDM eran como las descritas en la Solicitud, SEGOB carecía de competencia al respecto. México sostiene que dio a conocer clara y expresamente a EDM las características de las máquinas prohibidas por la ley, y que el Oficio contenía una clara advertencia de que las operaciones que estaba realizando EDM podían ser ilegales.
142. No obstante, según México, EDM no operó las máquinas en la forma o manera descrita en la Solicitud, ni en cuanto al elemento de “habilidad y destreza” ni en lo que respecta al elemento “apuesta”. EDM tampoco presentó prueba alguna

sobre el funcionamiento de las máquinas. México agrega que en la Solicitud no se mencionó que las máquinas de EDM fueran similares o idénticas a las operadas por Guardia.

143. Además, según México, EDM no trató el Oficio como un permiso o autorización cuando lo emitió SEGOB, como lo prueba el dictamen jurídico del Sr. Ruiz de Velasco, que coincide con el Oficio (citado en el párrafo 59 *más* atrás).
144. México niega que Thunderbird se haya basado de cualquier forma en el Oficio para realizar sus inversiones en México, pues argumenta que realizó actividades antes de la emisión del Oficio; que hizo saber expresamente a los inversionistas en EDM que el Oficio no confería a EDM el derecho específico de realizar operaciones; que hizo saber a sus accionistas que se había basado en asesores del sector privado para realizar la inversión, y que en procedimientos judiciales seguidos en los Estados Unidos sostuvo que los Sres. Oien y Ong la habían inducido fraudulentamente a realizar el negocio.

iii) Conclusiones del Tribunal

145. La Solicitud de EDM fechada el 3 de agosto de 2000 se cita en el párrafo 50 *más* atrás. El Oficio de SEGOB del 15 de agosto de 2000 se cita en el párrafo 55 *más* atrás.
146. Thunderbird ha sostenido que se basó razonablemente y en su perjuicio, en las seguridades dadas por SEGOB en el Oficio. México, por otra parte, niega que el Oficio haya dado lugar a una expectativa legítima para que Thunderbird operara las máquinas de EDM en México.

147. A la luz de jurisprudencia reciente sobre inversiones y del principio de buena fe del derecho internacional consuetudinario⁷, el concepto de “expectativas legítimas” guarda relación, en el contexto del TLCAN, con una situación en que la conducta de la Parte Contratante crea expectativas razonables y justificables para que un inversionista (o una inversión) actúe basándose en esa conducta, por lo cual el hecho de que una Parte del TLCAN no cumpla esas expectativas puede causar perjuicios al inversionista (o a la inversión).
148. El umbral de las expectativas legítimas puede variar en función de las características de la violación alegada al TLCAN y de las circunstancias del caso. Sea cual fuere el criterio que se aplique en el presente caso -trátese del más amplio o del más restringido-, el Tribunal no cree, sin embargo, que el Oficio haya generado una expectativa legítima en la que EDM pueda haberse basado razonablemente para operar su máquinas en México.
149. El Tribunal considera que el punto de partida para establecer si Thunderbird pudo basarse razonablemente, en su perjuicio, en la respuesta de SEGOB a la Solicitud consiste en determinar que fue lo solicitado en esta última.
150. Como en el expediente no existen pruebas contemporáneas referentes a los antecedentes de la Solicitud (por ejemplo, prueba testimonial de los Sres. Aspe y Arroyo, o de autoridades de SEGOB que estuvieran en el ejercicio de sus funciones cuando se presentó la Solicitud), el Tribunal no puede basarse en presunciones o inferencias, mucho menos especulaciones, respecto a los antecedentes. Por ejemplo, el Tribunal ha dejado constancia de la existencia de un “bono de éxito” acordado entre Thunderbird y los Sres. Aspe y Arroyo (quienes, según Thunderbird, tuvieron diversos contactos con funcionarios de

⁷ Bin Cheng, *GENERAL PRINCIPLES OF LAW APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS*, pág. 123 y siguientes (1987); Joerg Mueller, *VERTRAUENSSCHUTZ IM VOELKERRECHT* (1971); E. Zoller, *LA BONNE FOI EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC* (1977). F. Orrego Vicuna, *Regulatory Authority and Legitimate Expectations*, 5 Intl Law Forum, 188m 193 (2003); *Nuclear Test Case*, ICJ Reports 1974, 253 pág. 268.

SEGOB en relación a las operaciones que llevaría a cabo Thunderbird). Thunderbird ofreció \$300,000 Dólares por obtener una carta de SEGOB autorizando las operaciones de juego de Thunderbird en México (véase correspondencia en Anexos R-106, R107 y R-121). De conformidad con el borrador de carta del Sr. Watson de fecha 10 de agosto de 2000, Thunderbird estaba dispuesta a pagar a los Sres. Aspe y Arroyo \$700,000 dólares adicionales si la carta era otorgada exclusivamente a Thunderbird [...] y que no se otorgara ningún otro de dichos permisos a competidores potenciales; de lo contrario no se pagarían sumas adicionales” (Anexo R-121). En ausencia de prueba alguna en el expediente en relación con el acuerdo sobre el “bono de éxito” y la naturaleza de los tratos entre los Sres. Aspe y Arroyo y SEGOB, éstos hechos no tienen peso sobre el análisis posterior del Tribunal. Bajo éstas circunstancias, el Tribunal sólo puede interpretar la Solicitud del 3 de agosto de 2000 según su tenor literal.

151. A juicio del Tribunal, la información presentada por EDM en la Solicitud es incompleta y, en especial, inexacta en dos aspectos.
152. Primero, en ella se sostiene que en las máquinas operadas por EDM no intervienen la suerte ni apuestas (véase el párrafo 3: “En estos videojuegos no interviene ni el azar ni la apuesta [...]”). El Tribunal hace nota de la utilización, en el párrafo 7, de los términos explícitos “de ninguna manera”: “La naturaleza de las máquinas de video para juegos de habilidad y destreza, no es de juegos de azar, ni de juegos con apuestas, ni de sorteos [...] pudiendo conseguir determinados puntos, canjeables por un premio como recompensa a la destreza lograda y de ninguna manera del azar”. Señalar que la suerte no afecta de ninguna manera al resultado del juego es lo contrario de lo que resulta de la prueba que obra en el expediente (véanse las conclusiones del Tribunal, en el párrafo 136 *más* atrás).
153. Segundo, en la Solicitud se sostiene que las máquinas en cuestión “son aparatos de recreación cuya finalidad es la diversión y entretenimiento de las personas que tienen acceso a ellas” (párrafo 3), y “son simples diversiones en las cuales

los usuarios pueden obtener premios en razón de su habilidad o destreza” (Solicitud, párrafo 9; véase también el párrafo 8: “[...] puesto que lo que cuenta para lograr un resultado es la destreza o habilidad de los jugadores, caso diferente de lo que acontece en los juegos de apuesta, en que existe un pacto o convenio previo entre la compañía y el usuario, por el cual se acuerda la entrega de una cantidad de dinero de otra cosa”). Se sugiere así que las máquinas operadas por EDM no implican ningún “acuerdo para la entrega de una cantidad de dinero o de otra cosa”, concediéndose a cambio premios a los jugadores. Esa manifestación es inexacta, ya que el jugador debe insertar billetes de dólares para iniciar el juego y cualquiera de los boletos ganadores puede canjearse por dinero en efectivo.

154. Al respecto, el Sr. Ruiz de Velasco declaró que si hubiera sabido, cuando emitió su opinión legal, el 20 de agosto de 2000, que los boletos ganadores podían canjearse por efectivo, probablemente habría revisado su opinión “porque a lo mejor se podría haber considerado apuesta” (Ruiz de Velasco, Tr. 649-650).
155. Por lo tanto, el Tribunal opina que la Solicitud no revela adecuadamente la información e induce a error al lector. La Solicitud crea la apariencia de que las máquinas descritas son máquinas de locales de videojuegos, destinadas exclusivamente a esparcimiento.
156. Thunderbird sostuvo que SEGOB conocía bien las características de las máquinas de EDM, ya que había tratado de clausurar establecimientos de juegos similares del Sr. Guardia. El Tribunal nota, sin embargo, que en la Solicitud no se expresa que las máquinas operadas por EDM fueran similares o idénticas a las del Sr. Guardia.
157. Asimismo, el hecho de que en la Solicitud Thunderbird identificara la marca comercial y el número de modelo de las máquinas (“Bestco, modelo MTL 19U-8L y SCI modelo 17 “UR”) no puede considerarse suficiente para determinar el funcionamiento de las máquinas. De conformidad con las pruebas, la referencia a modelos utilizada en la Solicitud no era respecto a los números del modelo

sino respecto a la descripción del tamaño del monitor de la computadora utilizada para mostrar el videojuego (*véase* Tr. 125-126 y Anexos C-36 y c-87; *véase además* Tr. 1163-1165). Por lo tanto los números de modelo no sirven para aclarar la naturaleza de las máquinas además de que parecen haber sido inexactos o incompletos. Por ejemplo, en la factura de Bestco, las máquinas vendidas se identificaron bajo el modelo “7100 Fantasy 5” (Anexo C-87; *véase además* el manual de operaciones titulado “Manual de Juego Fantasy 5” en Anexo R-15), mientras que en la Solicitud se utilizó una combinación aleatoria de abreviaciones y números para identificar las citadas máquinas (“MTL19U-8L”), sin referencia alguna a la denominación “Fantasy 5”. En este sentido el Sr. McDonald atestiguó que no estaba familiarizado con el significado de los números de modelo Bestco y SCI (Tr.583-585). No se presentaron manuales, catálogos o fotografías de las máquinas junto con la Solicitud.

158. El Tribunal no encuentra en el expediente prueba alguna que establezca efectivamente que SEGOB estuviera familiarizada con la naturaleza y el funcionamiento de las máquinas de EDM.
159. Thunderbird sostuvo también que en caso de duda SEGOB debió haber solicitado información adicional referente a la operación de las máquinas, o una inspección de las mismas. No obstante, Thunderbird era la parte accionante, que presentaba una Solicitud a la administración mexicana, por lo que cabía esperar que fuera ella la que presentara información y diera a conocer los datos pertinentes de forma adecuada. A juicio del Tribunal, la Solicitud no brindaba la película completa, ni siquiera a un lector informado.
160. El Tribunal procede a analizar el contenido del Oficio. De nueva cuenta, a falta de pruebas contemporánea a los hechos circundantes a la emisión de ese documento (a saber, la falta de declaraciones testimoniales de funcionarios de SEGOB involucrados en la emisión del Oficio así como de los Sres. Aspe y Arroyo; véase además el párrafo 150), el Tribunal no puede basarse en presunciones o inferencias, mucho menos especulación, en relación a su emisión y sólo puede analizar dicho documento literalmente. Además, no corresponde a

este Tribunal a determinar cómo SEGOB debió haber interpretado la Solicitud o respondido a ella, ya que si lo hiciera estaría interfiriendo en cuestiones de exclusivo derecho interno y en la manera en que los gobiernos deben resolver cuestiones administrativas (que puede variar de un país a otro). Por el contrario el Tribunal sólo puede establecer, si el contenido de la Solicitud generó expectativas legítimas para Thunderbird en el contexto de las obligaciones asumidas por México conforme al Capítulo XI del TLCAN.

161. En los párrafos 2 a 4 del Oficio, SEGOB recuerda las disposiciones legales aplicables en relación con “los juegos de azar y los juegos con apuestas”. En el párrafo 5, SEGOB señala: “[...] no obstante lo expuesto, según se desprende de lo expresado por usted en su escrito de mérito, las máquinas con que opera su representada son aparatos de video juego para recreación cuya finalidad es la diversión y el entretenimiento de las personas que tienen acceso a ellas y entretenimiento de sus usuarios, con la posibilidad de obtener un premio, en donde no interviene ni el azar ni las apuestas, sino la destreza y habilidad del operador”. En el párrafo 6, SEGOB agrega: “si las máquinas que explota comercialmente su representada operan en la forma y términos expresados por usted, esta autoridad administrativa no tiene competencia para su prohibición, en la inteligencia que de tratarse, de máquinas de las conocidas como “tragamonedas”, “tragafichas” o “slot machines” en donde el factor preponderante de operación es el azar y la apuesta y no la habilidad y destreza como usted asegura, podría incurrir en alguna de las hipótesis normativas que establece la Ley Federal de de Juegos y Sorteos [...]”. El Tribunal entiende que el mensaje que da a conocer SEGOB en el Oficio es que si las máquinas operan según lo expresado por las EDM en su Solicitud, SEGOB carece de competencia sobre esas máquinas.
162. Thunderbird ha sostenido que en el Oficio se definió un estándar según el cual las máquinas cuyo “factor preponderante” sea la destreza y habilidad del usuario no están comprendidas en la esfera de competencia de SEGOB. El Tribunal no comparte esa interpretación. En el párrafo 6, SEGOB se refiere a máquinas “tragamonedas” o “tragafichas”, en las cuales el “factor preponderante” de

operación, según SEGOB, es el azar o la apuesta. La descripción de las máquinas tragamonedas hecha por SEGOB no puede interpretarse *a contrario sensu* como descriptiva de un atributo característico de las máquinas de destreza, según el cual las máquinas en que la destreza sea el “factor preponderante” no puedan tratarse como equipos de juegos de azar. El uso del término “preponderante” por parte de SEGOB, en relación con el azar o la apuesta, no es inusual. Según la declaración del Prof. Rose, “juego de apuesta quiere decir que hay una predominancia del azar. Quizás la forma más fácil de establecer esto es que si el azar determina el resultado en algún punto, entonces en ese caso se habla de una apuesta. Por lo tanto la destreza tiene que determinar el resultado en todos los puntos del juego.” (Tr. 729). Además, en el párrafo 7 del Oficio se advierte claramente a Thunderbird que “en las máquinas que opere no intervengan los ingredientes del azar y la apuesta”.

163. En cuanto al dictamen jurídico del Sr. Ruiz de Velasco del 20 de agosto de 2004 (citado en el párrafo 59 *más* atrás), su contenido refuerza la opinión del Tribunal de que Thunderbird no podía haber dependido razonablemente del Oficio, en su perjuicio, para operar sus establecimientos de juegos en México. En la carta que dirigió a Thunderbird, el Sr. Ruiz de Velasco expresó claramente: i) que el Oficio se basaba en lo manifestado por EDM en la Solicitud (“[...] la Secretaría de Gobernación se declara carente de competencia con respecto a la operación de las referidas máquinas, ya que, según las manifestaciones efectuadas por EDM en su solicitud, las máquinas de videojuegos para juegos de destreza que ha de operar EDM no están comprendidas en la clasificación de ‘máquinas tragamonedas’[...]”, R-112), y ii) que a EDM le estaba prohibido operar máquinas de juegos de azar o de apuesta (“[...] EDM puede operar las máquinas de videojuegos para juegos de destreza en la medida en que las mismas no lleguen a ser, en modo alguno, máquinas de juegos de azar o de apuestas”, R-112 (énfasis añadido)).
164. Es incuestionable que Thunderbird sabía, cuando decidió invertir en actividades de juego en México, que los juegos de azar y apuesta constituyen una actividad ilegal conforme a la legislación mexicana. Tal como Thunderbird lo admite,

también sabía que operadores de máquinas similares (Guardia) habían encontrado resistencia jurídica de parte de SEGOB. Por lo tanto, debe concluirse que Thunderbird conocía el riesgo potencial de clausura de sus propios establecimientos de juegos de azar y apuesta y debió haber sido especialmente prudente en la realización de sus negocios en México. Cuando solicitó una opinión oficial de SEGOB sobre la legalidad de sus máquinas, EDM también debió saber, que el azar intervenía en cierta medida en la operación de sus máquinas y que los dispositivos de aceptación de billetes de un dólar, así como el hecho de que los boletos ganadores pudieran canjearse por dinero en efectivo, podían considerarse razonablemente como elementos constitutivos de apuestas. Sin embargo, EDM optó por no dar a conocer esos aspectos esenciales previstos en su Solicitud.

165. Además, el hecho de que SEGOB haya tomado acciones en contra de las instalaciones de juego de Thunderbird en febrero de 2001, Vg. aproximadamente seis meses después de la emisión del Oficio, no es suficiente para establecer que antes de dicha fecha, SEGOB haya autorizado (o hubiese intencionalmente estado tolerando) las operaciones de Thunderbird. Seis meses es, bajo las circunstancias y bajo cualquier norma, un período razonable para que un gobierno pretenda hacer cumplir la legislación doméstica sobre juegos y apuestas.
166. En virtud de lo anterior, el Tribunal concluye que el Oficio no creó una expectativa legítima que haga que Thunderbird pueda presentar reclamaciones en el presente caso, en los términos de lo dispuesto por los Artículos 1102, 1105 y/o 1110 del TLCAN.
167. Finalmente, el Tribunal pone en tela de juicio la medida en que Thunderbird haya invertido en México basándose en el Oficio, al considerar los pasos nada insignificantes que Thunderbird había finalizado para la operación de sus máquinas de videojuegos antes de que se emitiera el Oficio, el 15 de agosto de 2000. El expediente muestra que EDM se constituyó antes del 15 de agosto de 2000; que JDMI había celebrado un pormenorizado Convenio de Reparto de

Ingresos con los Sres. Ong y Oien en relación con la operación de los centros de juego en México (Anexo R-98), que EDM había abierto cuentas bancarias (Anexo C-6), que había obtenido permisos de uso del suelo (Anexo C-7), había celebrado un contrato de arrendamiento de un local para juegos en Matamoros (Anexos C-3 a C-5), que había importado 50 máquinas Bestco y 30 máquinas SCI (Anexos C-9, C-87 y C-15), que había presentado un “aviso de apertura” en relación con el establecimiento de “La Mina Oro” (Anexo C-10), y que, según lo admitido por la propia Thunderbird en el párrafo 2 de la Solicitud, ya había “estableci[do] un negocio [...] en la Ciudad de Matamoros, Tamaulipas, con el nombre comercial “La Mina de Oro”, relativo a máquinas de video para juegos de habilidad y destreza y [contaba] con todos los requisitos municipales para ello” (*véase también* el párrafo 4 de la Solicitud).

D. Fondo del asunto: Artículos 1102, 1105 y 1110 del TLCAN

Cuestión 8. ¿Violó el demandado el principio de “trato nacional” previsto en el Artículo 1102 del TLCAN?

168. El Artículo 1102(1) y (2) del TLCAN dispone lo siguiente:

1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

i) Posición de Thunderbird

169. Thunderbird sostiene que México violó el Artículo 1102 del TLCAN al acordar a EDM y a sus inversiones un tratamiento diferente del acordado a inversionistas e inversiones nacionales que operaban en circunstancias similares.
170. Según Thunderbird, conforme al Artículo 1102 del TLCAN, el Tribunal debe aplicar una prueba tripartita, consistente en identificar los sujetos relevantes de la comparación del trato nacional (tomando como base la similitud de los sujetos); considerar el trato relativo recibido por cada uno de los sujetos a comparar (tomando como base el mejor nivel de trato disponible para cualquier otro inversionista local que opere en circunstancias similares), y considerar si existen factores que puedan justificar cualquier diferencia de trato así detectada (cuestión que debe interpretarse en sentido estricto y haciendo que la carga de la prueba recaiga en México). Thunderbird invoca el TLCAN y jurisprudencia bajo los TBIs para respaldar el argumento de la prueba tripartita⁸.
171. Thunderbird sostiene que las Compañías de EDM fueron incautadas y clausuradas por México debido a que las máquinas de destreza operadas en los respectivos establecimientos eran consideradas ilegales, en tanto que los establecimientos de los inversionistas nacionales, que operan máquinas de destreza en circunstancias esencialmente idénticas, siguen abiertos y en funcionamiento. Thunderbird cita como sujetos a comparar apropiados el “Club 21”, de Guardia; el establecimiento Reflejos, de de la Torre, y el centro de

⁸ *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*, Laudo sobre el Fondo de la Fase 2, 10 de abril de 2001, CNUDMI (TLCAN), <http://ita.law.uvic.ca/documents/PopeandTalbot-Merit.pdf>; *S.D. Myers Inc. c. Canadá*, Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, CNUDMI (TLCAN), <http://ita.law.uvic.ca/documents/SDMeyers-1stPartialAward.pdf>; *ADF Group Inc. c. Estados Unidos*, Laudo, 9 de enero de 2003, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ADF-award.pdf>; *Feldman c. México*, Laudo, 16 de diciembre de 2002, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ADF-award.pdf>; *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, Laudo Definitivo, 1 de julio de 2004, Caso LCIA No. UN3467, http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf.

entretenimiento Bella Vista, en Monterrey. Thunderbird cuestiona el argumento de México de que las Compañías de EDM no se encontraban en “circunstancias similares” y sostiene que, por el contrario, México no ha aportado pruebas suficientes que respalden su argumento.

172. Finalmente, Thunderbird sostiene que su decisión de desistir de los procedimientos judiciales tendientes a obtener reparación en México carece de relevancia en relación con el tema de si México violó las obligaciones que le imponía el Capítulo XI del TLCAN.

ii) Posición de México

173. México niega haber dado a EDM un trato menos favorable que el otorgado a compañías mexicanas en circunstancias similares. SEGOB, según México, ha aplicado uniformemente la ley a todos los operadores (incluidos los de nacionalidad mexicana) que han intentado operar establecimientos con supuestas máquinas “de destreza” y ha clausurado todos los establecimientos similares de los que tuvo conocimiento y ha defendido sus decisiones ante todos los tribunales de apelación frente a impugnaciones formuladas por los operadores de máquinas similares o idénticas a las de EDM.
174. México sostiene que Thunderbird no ha logrado probar que EDM haya sido objeto de discriminación basada en la nacionalidad o por cualquier otra causa. Al respecto, cuestiona el argumento de Thunderbird sobre una prueba tripartita basada en el Artículo 1102. Según México, ese artículo se refiere exclusivamente a la discriminación basada en la nacionalidad y sólo prohíbe manifestaciones demostrables y significativas de sesgos y prejuicios basados en la nacionalidad, las que Thunderbird debe probar; argumentando que “las circunstancias similares” del Artículo 1102 requieren una comparación adecuada basada en los hechos, por lo cual ha de tenerse en cuenta, en especial, el cumplimiento de la legislación local referente a una conducta ilegal. México agrega que EDM no se encuentra “en circunstancias similares” a las de los operadores de establecimientos que han logrado seguir operando bajo la

suspensión de amparos que ha sido concedidos en tanto se tramitaban sus recursos judiciales, y que, si bien EDM inició un “juicio de amparo”, no le fue concedida la suspensión referida, además de haberse desistido de los recursos intentados.

iii) Conclusiones del Tribunal

175. Al interpretar el Artículo 1102 del TLCAN, el Tribunal se atiene al texto de esa disposición. La obligación de la Parte anfitriona del TLCAN conforme a ese artículo consiste en otorgar un trato no discriminatorio a inversionistas o inversiones de otras Partes del TLCAN. Por lo tanto, debe probarse que la inversión o el inversionista extranjero fueron objeto de un trato discriminatorio.
176. La carga de la prueba recae sobre Thunderbird, conforme al Artículo 24(1) del Reglamento de la CNUDMI. En este sentido, Thunderbird debe probar que su inversión fue objeto de un trato menos favorable que el otorgado por México, en circunstancias similares, a inversiones de nacionales de México.
177. Thunderbird no tiene la carga de probar separadamente que el trato menos favorable haya obedecido a la nacionalidad. El texto del Artículo 1102 del TLCAN no requiere esa prueba, sino que prevé el caso en que un inversionista extranjero recibe un trato menos favorable que un inversionista nacional. Esas circunstancias deben ser probadas por el inversionista extranjero, quien debe además probar a qué se debió el trato menos favorable⁹.

⁹ Véase *S.D. Myers Inc. c. Canadá*, Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, CNUDMI (TLCAN), <http://ita.law.uvic.ca/documents/SDMeyers-1stPartialAward.pdf>; *Pope & Talbot Inc c. Canadá*, Laudo sobre el Fondo de la Fase 2, 10 de abril de 2001, CNUDMI (TLCAN), <http://ita.law.uvic.ca/documents/PopeandTalbot-Merit.pdf>; *Feldman c. México*, Laudo, 16 de diciembre de 2002, Caso No. CIADI ARB(AF)/99/1, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ADF-award.pdf>; *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, Laudo Definitivo, 1 de julio de 2004, Caso LCIA No. UN3467, http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf.

178. A juicio del Tribunal, Thunderbird no ha probado suficientemente -ni siquiera *prima facie*- que las inversiones de EDM recibieran, en circunstancias similares, un trato peor que el recibido por nacionales de México (o, para el caso, de cualquier otro país).
179. Del expediente se desprende que SEGOB ha procurado hacer cumplir la legislación mexicana en materia de juegos de apuestas promoviendo la clausura de numerosos establecimientos de ese género (la mayor parte de los cuales fueron clausurados definitivamente), y que la clausura de los establecimientos de juegos de apuestas propiedad de mexicanos en realidad tuvo lugar exactamente en el mismo período en que SEGOB ordenó la clausura de los establecimientos de EDM en Nuevo Laredo y Matamoros (*véase* el Anexo R-9). El Tribunal hace notar de que las medidas de SEGOB fueron impugnadas ante los tribunales mexicanos por los establecimientos de juego en cuestión, incluidos los de EDM. Esto hizo, al parecer, que algunos de los establecimientos clausurados por SEGOB pudieran seguir operando en virtud de órdenes judiciales de suspensión temporal, sin embargo también se desprende del expediente que SEGOB recurrió las órdenes judiciales otorgando suspensiones temporales relacionadas con la clausura por parte de esa Secretaría y que esos recursos están pendientes de resolución
180. En cuanto a los establecimientos de juegos que al parecer siguen operando sin haber obtenido órdenes judiciales de suspensión temporal, el Tribunal no encuentra suficientes pruebas en el expediente de que México conociera de la existencia de esos establecimientos y que les haya permitido deliberadamente seguir funcionando. Al respecto, debe hacerse notar que algunos de los establecimientos de ese género parecen haber operado en forma clandestina (*véanse* los videos presentados por Thunderbird).
181. Con respecto a los establecimientos de Guardia, el Tribunal señala que se trata de un caso especial en que SEGOB mantuvo litigios judiciales muy prolongados con el Sr. Guardia. El Tribunal infiere que aunque algunos de los establecimientos operados por esa persona siguen abiertos a la fecha, no puede

hablarse de discriminación contra EDM, pues del expediente se desprende que SEGOB se ha esforzado repetidamente en clausurar los establecimientos del Sr. Guardia, pero al hacerlo ha tropezado con una activa resistencia judicial y de otro tipo (*véanse* los Anexos R-97; R-114; R-31, R-32).

182. De los hechos del caso se desprende, por lo tanto, que la política y las medidas de SEGOB tendientes a hacer cumplir la Ley Federal de Juegos y Sorteos se dirigieron tanto a operaciones de juegos de azar de mexicanos como de no mexicanos y fueron, en su conjunto, consistentes. En consecuencia, el Tribunal concluye que Thunderbird no ha probado la violación del principio de “trato nacional” prevista en el Artículo 1102 del TLCAN.
183. De todos modos, aunque Thunderbird hubiera probado en forma indubitable que la línea de conducta de México con respecto a las operaciones de juegos de apuestas no fue uniforme y consistente, no puede soslayarse el hecho de que los juegos de apuestas son ilegales en México. A juicio del Tribunal, no sería apropiado que un tribunal del TLCAN permitiera a una parte fundándose en el Artículo 1102 de ese Tratado tratar de reivindicar igualdad en cuanto a la no aplicación de la ley en el contexto de una actividad que una Parte Contratante considera ilícita.

Cuestión 9. ¿Violó el Demandado la regla de “Nivel Mínimo de Trato” prevista en el Artículo 1105 del TLCAN?

184. El Artículo 1105(1) del TLCAN establece lo siguiente:

Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

i) Posición de Thunderbird

185. Con respecto al significado de la expresión “Nivel Mínimo de Trato” prevista en el Artículo 1105 del TLCAN y su aplicación por un tribunal del TLCAN, Thunderbird menciona diferentes laudos bajo el TLCAN, alegando que la conducta de los funcionarios de SEGOB en el presente caso refleja exactamente el tipo y grado de arbitrariedad que el tribunal que conoció del caso *Waste Management II* consideraría violatorio del nivel mínimo previsto en el Artículo 1105.
186. Según Thunderbird, puede acudirse a tres doctrinas de derecho internacional -dependencia perjudicial, denegación de justicia, y abuso de derecho- para informar la interpretación que ha de dar el Tribunal sobre como Thunderbird o sus inversiones no recibieron un “trato justo y equitativo”. Así, Thunderbird sostiene que el hecho de que Thunderbird y las EDM se hayan basado, en su perjuicio, en el Oficio para realizar sus inversiones en México, y las subsiguientes medidas adoptadas por ese país contra Thunderbird y las Compañías de EDM, en contravención del contenido del Oficio, constituyen una violación del Artículo 1105 del TLCAN, y agrega que las Compañías de EDM no sólo tenían derecho a basarse en el Oficio de SEGOB en virtud de su contenido, sino también en virtud de las expectativas generadas por México al ratificar el TLCAN. Thunderbird alega asimismo la omisión, por parte de México, de su obligación de conceder las garantías del debido proceso, lo que constituiría una denegación administrativa de justicia, en los procedimientos relacionados con la resolución del 10 de octubre de 2001, que constituye una violación del Artículo 1105 del TLCAN; así como la manifiesta arbitrariedad de parte de la administración mexicana, lo que constituye prueba de un abuso de derecho, en los procedimientos seguidos ante SEGOB, en violación del Artículo 1105 del TLCAN.

ii) Posición de México

187. México niega haber violado el “nivel mínimo de trato” del Artículo 1105 del TLCAN.

188. Según México, las quejas de Thunderbird con respecto a los procedimientos administrativos ante SEGOB son incorrectas en los hechos y en todo caso representan cuestiones exclusivamente de derecho local, además, Thunderbird no presentó ninguna prueba de las irregularidades del sistema judicial mexicano que, según había sostenido, la perjudicaron y fueron la principal de las razones que la llevaron a desistirse de los recursos judiciales que había interpuesto.
189. México sostiene que adoptó una línea de conducta uniforme y consistente respecto a las operaciones de juegos ilegales. En especial, alega que, según sabe, clausuró todos los establecimientos en que operaban máquinas denominadas tragamonedas e impugnó todas las decisiones judiciales que concedían suspensiones temporales respecto a las órdenes de clausura dictadas por SEGOB.
190. Con respecto al argumento de dependencia perjudicial en el Oficio, México sostiene que la decisión de SEGOB de que consideraba las máquinas como dispositivos de juegos prohibidos no puede considerarse arbitraria, ya que la propia Thunderbird conocía las características de las máquinas y el riesgo de que fueran inspeccionadas por SEGOB y que ésta llegara a esa conclusión.
191. En cuanto a los procedimientos administrativos ante SEGOB, México niega que fueran ilegales, arbitrarios o injustos y sostiene que la propia resolución indica que las pruebas ofrecidas por EDM fueron tomadas en cuenta aún cuando no cumplían estrictamente con los requisitos aplicables de la legislación interna, y que la resolución contiene los razonamientos necesarios para sus conclusiones; que el procedimiento fue transparente y dio cumplimiento a la legislación mexicana y fue validado por los abogados de EDM, que eran expertos en derecho mexicano, y que si durante los procedimientos se incurrió en alguna infracción, había recursos disponibles apropiados para impugnarla.

iii) Conclusiones del Tribunal

192. El Tribunal interpretará el Artículo 1105(1) del TLCAN conforme a las Notas Interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo XI (“Nivel mínimo de trato conforme al Derecho Internacional”), de fecha 31 de julio de 2001, elaboradas por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN¹⁰, que establece lo siguiente:
1. El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte.
 2. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridades plenas” no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste.
 3. Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN, o de un acuerdo internacional distinto, no establece que se haya violado el artículo 1105(1).
193. En consecuencia, el Tribunal medirá el nivel mínimo de trato previsto en el Artículo 1105(1) del TLCAN en relación con el nivel mínimo de derecho internacional consuetudinario, según el cual los inversionistas extranjeros tienen derecho a cierto nivel de trato y, si el mismo no se alcanza, el Estado anfitrión puede incurrir en responsabilidad internacional.
194. El contenido del nivel mínimo no debe interpretarse rígidamente, sino que debe reflejar el estado de la evolución del derecho internacional consuetudinario¹¹.

¹⁰ <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/Nafta-interpr-en.asp>.

¹¹ Véase, en especial, *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos*, Laudo, 11 de octubre de 2002, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, <http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf>; *ADF Group Inc. c. Estados Unidos*, Laudo, 9 de enero de 2003, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ADF-award.pdf>; *Waste Management Inc. c. México*,

Pese a la evolución experimentada por ese derecho desde sentencias como la recaída en el caso *Neer Claim* (1926)¹², el umbral para considerar que se ha cometido una violación del nivel mínimo de trato sigue siendo elevado, como lo ilustra la jurisprudencia internacional reciente¹³. A los efectos del presente caso, el Tribunal considera que son actos que darían lugar a una violación del nivel mínimo de trato preceptuado por el TLCAN y el derecho consuetudinario internacional aquellos que, sopesados en relación con el contexto de los hechos de que se trate, representan una repugnante denegación de justicia o una arbitrariedad manifiesta, que caigan por debajo de los niveles internacionalmente aceptables¹⁴.

195. En el presente caso, el Tribunal, por las razones que a continuación menciona, no tiene la convicción de que Thunderbird haya demostrado que la conducta de México haya violado el nivel mínimo de trato.

Laudo Arbitral, 2 de junio de 2002, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, http://www.worldbank.org/icsid/cases/waste_laudo.pdf; Laudo Definitivo, 30 de abril de 2004, Caso No. ARB(AF)/00/3, http://ita.law.uvic.ca/documents/laudo_ingles.pdf.

¹² *Estados Unidos (L. F. Neer) c. México* (1926), 4 R.I.A.A. 60 (Gen. Cl. Comm'n 1926).

¹² Véase al respecto, *Alex Genin y otros c. Estonia*, Laudo, 25 de junio de 2001, Caso CIADI No. ARB/99/2, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/genin.pdf>; *Waste Management Inc. c. México*, Laudo Definitivo, 30 de abril de 2004, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, http://ita.law.uvic.ca/documents/laudo_ingles.pdf.

¹⁴ Véase, al respecto, *Alex Genin y otros c. Estonia*, Laudo, 25 de junio de 2001, Caso No. ARB/99/2, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/genin.pdf>; *S.D. Myers Inc. c. Canadá*, Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, CNUDMI (TLCAN), <http://ita.law.uvic.ca/documents/SDMyers-1stPartialAward.pdf>; *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos*, Laudo, 11 de octubre de 2002, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, <http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf>; *ADF Group Inc. c. Estados Unidos*, Laudo, 9 de enero de 2003, Caso No. ARB(AF)/00/1, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ADF-award.pdf>; *Azinian c. México*, Laudo Arbitral, 1 de noviembre de 1999; Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, http://www.worldbank.org/icsid/cases/robert_award.pdf; *Loewen c. Estados Unidos*, Laudo, 26 de junio de 2003, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, <http://www.state.gov/documents/organization/22094.pdf>; *Case concerning Elettronica Sicula SpA (ELSI) (Estados Unidos c. Italia)*, 20 de julio de 1989, 1989 I.C.J. 15.

196. El Tribunal ya ha llegado a la conclusión de que Thunderbird no pudo razonablemente haber dependido en el Oficio en su perjuicio (*véanse* las conclusiones del Tribunal, expresadas en relación con la cuestión 7, *supra*).
197. En cuanto a la supuesta omisión de otorgar garantías de debido proceso (que configuraría denegación administrativa de justicia) y la supuesta arbitrariedad manifiesta de la administración (que constituiría prueba de abuso de derecho) en los procedimientos de SEGOB, el Tribunal no encuentra en el expediente pruebas suficientes para concluir que los procedimientos de SEGOB hayan sido arbitrarios o injustos, ni mucho menos que lo fueran en forma tan manifiesta como para violar el nivel mínimo de trato.
198. El Tribunal hace notar, en especial, que a Thunderbird se le otorgó plena posibilidad de ser oída y de presentar pruebas en la Audiencia Administrativa, y que las aprovechó. El Tribunal no encuentra nada objetable en la Resolución Administrativa. El documento, de 31 páginas de extensión, parece adecuadamente detallado y razonado; en este se desahogan las pruebas presentadas por Thunderbird en la Audiencia y se analizan detenidamente los fundamentos jurídicos en que SEGOB fundó su resolución de que las máquinas de EDM constituían equipo de juego prohibido (*véase* el Anexo R-93).
199. En cuanto a la clausura de los establecimientos de EDM, el Tribunal no concluye que la manera en que SEGOB la llevó a cabo haya sido arbitraria. De hecho, del expediente se desprende que en una ocasión la propia SEGOB reconoció que la orden de clausura del establecimiento de Nuevo Laredo fue irregular y, en consecuencia, corrigió su error removiendo los sellos de clausura de ese establecimiento.
200. El Tribunal no descarta la posibilidad de que los procedimientos de SEGOB puedan haberse visto afectados por ciertas irregularidades, sin embargo del expediente no se desprende ninguna irregularidad administrativa de tal gravedad que conmueva el sentido de corrección judicial y, por lo tanto, dé lugar a la violación del principio del nivel mínimo de trato. Tal como lo reconoció

Thunderbird, los procedimientos de SEGOB deben compararse con los estándares de debido proceso y de equidad procesal aplicables a las autoridades administrativas. Los requisitos del debido proceso administrativo son menos severos que los de un proceso judicial. Por lo tanto, aunque, por ejemplo, se considere como irregularidad administrativa la ausencia del Lic. Aguilar Coronado (quien suscribió la Resolución Administrativa) en la Audiencia del 10 de julio, ella no alcanza, en las circunstancias del caso, el nivel mínimo de gravedad previsto por el Artículo 1105 del TLCAN.

201. Finalmente, los procedimientos de SEGOB (incluida la Resolución Administrativa) estuvieron sujetos a revisión judicial ante los tribunales mexicanos. El Tribunal hace notar, al respecto, que EDM promovió ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa un juicio de nulidad con respecto a la decisión del 10 de octubre (sin formular ninguna queja con respecto al hecho de que el Lic. Aguilar Coronado no hubiera comparecido a la Audiencia Administrativa). EDM interpuso recurso de amparo en contra de la sentencia dictada por el tribunal, pero se desistió con posterioridad del recurso, decisión que no puede imputarse a México.

Cuestión 10. ¿Realizó el Demandado una expropiación en violación a lo dispuesto por el Artículo 1110 del TLCAN?

202. El Artículo 1110(1) del TLCAN establece lo siguiente:

Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

- (a) por causa de utilidad pública;
- (b) sobre bases no discriminatorias;

(c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y

(d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.

i) Posición de Thunderbird

203. Con respecto a las excepciones planteadas por México en materia de competencia, Thunderbird sostiene que se frustraría por completo la finalidad del TLCAN si los inversionistas no tuvieran derecho de formular reclamaciones al amparo del Artículo 1110 en nombre de inversiones en empresas establecidas en el territorio de otra Parte del TLCAN. Thunderbird solicita autorización para modificar su EdDP mediante la inclusión, en la alternativa más amplia, de una reclamación por el 100% de los perjuicios causados en sus negocios a cada una de las compañías de EDM en virtud de la supuesta violación del Artículo 1110, invocando el Artículo 1116 del TLCAN.
204. Thunderbird sostiene que el Artículo 1110 del TLCAN, que requiere el pago de una indemnización completa, sin demora y efectiva por la expropiación de una “inversión” impone a México una obligación frente a las EDM. El estándar para establecer si se ha producido una expropiación es que el acto gubernamental haya obstaculizado sustancialmente la inversión.
205. Según Thunderbird, las Compañías de EDM habían adquirido legítimamente derechos a los negocios que realizaban. Los actos de SEGOB, según Thunderbird, representaron una expropiación en el sentido del Artículo 1110 del TLCAN, porque las EDM establecieron sus inversiones en México basándose en la promesa general de un trato justo y equitativo y con la seguridad adicional de la “autorización por omisión” contenida en el Oficio, y la clausura de esos establecimientos aniquiló los negocios de las EDM, por lo que corresponde el pago del valor de mercado de las inversiones así expropiadas.

ii) Posición de México

206. México opone una excepción de legitimación procesal activa, según la cual la reclamación de pago de una expropiación formulada por Thunderbird no puede prosperar porque esa compañía no planteó una reclamación por derecho propio como inversionista de una Parte conforme al Artículo 1116 del TLCAN. Según México, debe rechazarse la Solicitud formulada por Thunderbird en el EdR tendiente a modificar su reclamación.
207. México sostiene que SEGOB llegó a la conclusión de que EDM operaba equipos de juegos de apuestas prohibidos, por lo cual las actividades de aplicación de la ley llevadas a cabo de buena fe por SEGOB, tales como la clausura de las operaciones ilegales, no son equivalentes a una expropiación. México alega asimismo que EDM interpuso ante los tribunales nacionales recursos de los que posteriormente se desistió.

iii) Conclusiones del Tribunal

208. El Tribunal no tiene por qué pronunciarse sobre la excepción de falta de legitimación procesal formulada por México ante el hecho de que Thunderbird no planteó su reclamación conforme al Artículo 1116 del TLCAN, pues ya concluyó que las Compañías de EDM no podían operar en México sobre la base de una expectativa legítima. Como lo reconoció Thunderbird, no es procedente indemnización alguna en caso de expropiaciones reglamentarias cuando puede demostrarse que el inversionista o la inversión nunca gozaron de un derecho adquirido en la actividad económica posteriormente prohibida.

E. Fondo del Asunto: Daños y perjuicios

209. El Tribunal ha concluido que México no violó ninguna de las disposiciones del TLCAN invocadas por Thunderbird (*véanse* las conclusiones del Tribunal en relación con las cuestiones 8, 9 y 10, *supra*). En consecuencia, Thunderbird no

tiene derecho a una reparación de daños y perjuicios, ni el Tribunal tiene por qué abordar la cuestión 11.

VI. COSTAS

210. En la liquidación de costos presentada por Thunderbird del 26 de agosto de 2004, reclama US\$995.934,50 por concepto de honorarios y gastos legales. En su liquidación adicional de costos, del 31 de marzo de 2005, Thunderbird reclama US\$1.163.375,20 (incluidas las sumas anteriormente reclamadas).
211. En la liquidación de costos presentada por México del 12 de agosto de 2004, México reclama US\$1.310.943,78 por concepto de honorarios y gastos legales. En su liquidación adicional de costos, del 31 de marzo de 2005, México reclama una suma adicional de US\$191.122,06.
212. Conforme al Artículo 1135 del TLCAN, un tribunal puede “otorgar el pago de costas de acuerdo con las reglas de arbitraje aplicables”, es decir, las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. Conforme al Artículo 38 de las Reglas de la CNUDMI, “el tribunal arbitral fijará en el laudo las costas del arbitraje”. El Artículo 38(e) incluye en el ámbito de la definición de “costas del arbitraje” el “costo de representación y de asistencia de letrados de la parte vencedora si se hubiera reclamado dicho costo durante el procedimiento arbitral y sólo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto de ese costo es razonable”. Los Artículos 40(1) y (2) de las Reglas de la CNUDMI establecen lo siguiente:
1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2, en principio, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
 2. Respecto del costo de representación y de asistencia de letrados a que se refiere el inciso e) del artículo 38, el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso,

qué parte deberá pagar dicho costo o podrá prorratearlo entre las partes si decide que el prorrateo es razonable.

213. Según la opinión mayoritaria en el caso *S.D. Myers c. Canadá* existe “una distinción sutil” entre esos dos párrafos; en el primero se hace hincapié en el “éxito” y en el segundo en “las circunstancias del caso”¹⁵. Este Tribunal Arbitral no percibe de ese modo la distinción entre los dos párrafos. El primero también se refiere a “las circunstancias del caso”, en tanto que el segundo, según lo admite la opinión mayoritaria en el caso *S.D. Myers*, también implica éxito. La diferencia entre los dos párrafos reside más bien en que el primer párrafo establece una regla con una excepción a dicha regla, mientras que el segundo párrafo otorga a un tribunal arbitral discrecionalidad ilimitada. Conforme al primer párrafo, los costos del arbitraje “en principio, [...] serán a cargo de la parte vencida”, en tanto que de acuerdo con el segundo párrafo, el tribunal arbitral “decidirá” qué parte deberá soportar los costos de representación legal (o podrá distribuirlos). En el presente caso, el Tribunal Arbitral no percibe razón alguna para basarse en esa distinción, ya que el parámetro más objetivo para ambos tipos de costos es el éxito logrado por una parte.
214. También se debate si la regla de que “el perdedor paga” (o de que “los costos siguen al resultado”) debe aplicarse en los arbitrajes sobre inversiones internacionales. Ciertamente, es verdad que en muchos casos el inversionista, aunque no sea la parte ganadora, no es condenado a pagar los costos del gobierno. El Tribunal no alcanza a comprender el fundamento de esa opinión, a menos que se refiera a un inversionista con escasos recursos financieros, caso en el que las consideraciones referentes al acceso a la justicia pueden en cierta medida influir. Salvo en ese caso, el Tribunal cree que deben aplicarse a los arbitrajes sobre inversiones internacionales reglas idénticas a las aplicables a otros procedimientos de arbitraje internacional.

¹⁵ *S.D. Myers c. Canadá*, Laudo Definitivo, 30 de diciembre de 2002, CNUDMI (TLCAN), <http://ita.law.uvic.ca/documents/SDMyersFinalAward.pdf>

215. Se puede adicionar que el artículo 1135 del TLCAN contempla de forma explícita el que un tribunal pueda determinar a quien compete pagar las costas: “[un] tribunal podrá también otorgar el pago de costas de acuerdo con las reglas de arbitraje aplicables”. El tratado no contiene limitación alguna en relación al otorgamiento de costas.
216. Las partes al presente caso han demandado, cada una, la condena al pago de costas (véase Notificación de Arbitraje en los párrafos 34 y el EdC en el párrafo 372). No obstante que Thunderbird ha argumentado que es raramente apropiado el que se condene al pago de costas a la parte vencida en un procedimiento TLCAN, ha también reconocido que: “no existe disposición alguna del TLCAN que pudiera modificar la aplicación de los artículos [38 y 40] de las reglas de arbitraje del CNUDMI. De conformidad con lo cual, cae dentro de la discreción de este Tribunal el otorgar costas en la forma que considere más apropiada y razonable a las circunstancias” (véase EDDP en la Pág. 121)
217. El Tribunal, toma en cuenta otros laudos bajo el TLCAN tales como el dictado en el caso *Azinian v. México*¹⁶, en que el tribunal consideró cuatro factores para concluir que el inversionista perdedor no tenía que pagar los costos del demandado (el Estado parte):

La reclamación ha sido completamente desestimada. El demandado ha padecido considerables incomodidades. En circunstancias ordinarias, es habitual en el arbitraje internacional que se impongan al demandante vencido las costas del arbitraje, así como las costas razonables de representación del demandado. Esta práctica tiene la doble función de reparación y disuasión.

Sin embargo, en este caso hay cuatro razones desaconsejan una imposición de costas. En primer lugar, el presente mecanismo es

¹⁶ *Azinian c. México*, Laudo Arbitral, 1 de noviembre de 1999; Caso No. <http://ita.law.uvic.ca/documents/Azinian-Spanish.pdf>, ARB(AF)/97/2

un nuevo medio para la resolución de controversias internacionales de inversiones. Aunque los demandantes no han conseguido hacer valer su postura con base en el TLCAN, el Tribunal Arbitral acepta que no estaban familiarizados con las restricciones jurídicas a tal acción procesal, lo que constituye una limitante. En segundo lugar, han presentado su caso de forma eficiente y profesional. En tercer lugar, el Tribunal Arbitral considera que, al haberse planteado cuestiones de cumplimiento defectuoso (y no tan sólo de nulidad *ab initio*) sin respetar las disposiciones del Contrato de concesión acerca de notificación, se puede decir que en alguna medida el Ayuntamiento de Naucalpan provocó el litigio. En cuarto lugar, se puede observar que las personas más responsables por la conducta ilícita de los demandantes serían las que con menor probabilidad resultarían afectadas por la condena de costas; el Sr. Goldenstein se encuentra fuera de la jurisdicción de este Tribunal Arbitral, mientras que la Sra. Baca -que en términos prácticos quizá sea la más solvente de los demandantes-no tuvo un papel activo en ninguna de las etapas.

218. Con respecto al primer factor, el arbitraje referente a inversiones, en general y el arbitraje del TLCAN, en particular, han llegado a ser tan conocidos y firmemente establecidos como para que no resulten tan novedosos como mecanismos de solución de controversias. Por lo tanto, este factor ha dejado de ser aplicable al considerar la distribución de costos en las controversias sobre inversiones internacionales. En cuanto al segundo factor, aunque pueda decirse que las Partes del presente caso expusieron sus argumentos en forma eficiente y profesional, el Tribunal no encuentra razones decisivas para la condena de costos apartándose del principio general. Finalmente, el tercero y el cuarto de los factores mencionados en el caso *Azinian* no son aplicables al presente caso.
219. En el presente caso, el Tribunal ha concluido que México es la parte vencedora, salvo en las cuestiones de competencia y/o admisibilidad.
220. En consecuencia, el Tribunal concluye que en principio México tiene derecho a recuperar una proporción apropiada de los costos y gastos de representación legal y en que incurrió. Al respecto, la suma de US \$1.502.065,84 reclamada por

México parece razonable, dado el alcance y la duración del presente procedimiento arbitral. No obstante, México no prevaleció en todos los asuntos, por lo que el Tribunal, en ejercicio de sus facultades discrecionales, distribuirá los costos en proporciones de tres cuartos y un cuarto. Por lo tanto, el Tribunal dispone por el presente que Thunderbird reembolse a México la suma de US\$1.126.549,38 por concepto de costos de representación legal correspondientes a este arbitraje.

221. En cuanto a los honorarios de los árbitros, el Tribunal Arbitral ha determinado su monto en US\$405.620. Los desembolsos del arbitraje, incluidos los correspondientes a arrendamientos de salas de audiencias, viajes, alojamiento en hoteles y honorarios de relatores del tribunal, ascienden a US\$99.632,08. Por consiguiente, el monto de las costas del arbitraje totaliza US\$505.252,08, suma que se pagará con los depósitos efectuados por las Partes. Por razones idénticas a las expresadas en el párrafo precedente, las costas que se mencionan en este párrafo se distribuirán entre Thunderbird y México en proporciones de tres cuartos y un cuarto. En consecuencia, el Tribunal Arbitral dispone por el presente que Thunderbird reembolse a México la suma de US\$126.313,02 en relación con los depósitos arriba mencionados efectuados por México.

VII. DECISIONES ARBITRALES

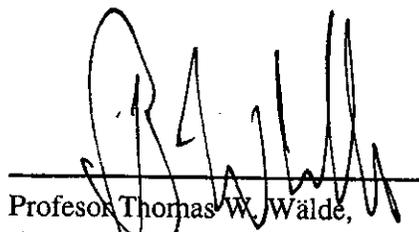
222. POR LAS RAZONES QUE ANTECEDEN, el Tribunal Arbitral adopta las siguientes decisiones:

- 1) RESUELVE que México no violó los Artículos 1102, 1105 o 1110 del TLCAN u otras disposiciones;
- 2) RECHAZA en su totalidad las reclamaciones de Thunderbird;
- 3) ESTABLECE en US\$505.252,08 los costos del arbitraje a los que se hace referencia en el párrafo 221 *más* atrás, y asimismo RESUELVE que esos costos deben repartirse entre Thunderbird y México en proporciones de tres cuartos y un cuarto, y pagarse con los depósitos efectuados por las Partes;
- 4) ESTABLECE que Thunderbird deberá rembolsar a México la suma de US\$1.126.549,38 por concepto de costos de representación legal y US\$126.313,02 por concepto de los depósitos efectuados por México para cubrir los honorarios y desembolsos del Tribunal Arbitral.

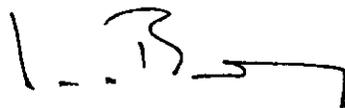
Hecho en Washington, D.C., Estados Unidos de América, lugar del arbitraje, el 26 de ENERO de 2008.



Lic. Agustín Portal Ariosa,
Árbitro



Profesor Thomas W. Wäldé,
Árbitro (véase opinión por separado)



Profesor Dr. Albert Jan van den Berg,
Presidente